

القول السلي

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ

في الفقه الاسلامي

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م

بنفقة الشيخ الجليل فوزان السابق

و

مكتبة النجاشي

لاصحابها اولاد محمدا بن الحسين النجاشي

مستأجر عبد العزيز بن محمد

كلمة للناس

الحافظ ابن رجب الحنبلي من كبار رجال العلم في المائة الثامنة ، فقيه ، محدث ، واعظ ، مؤرخ . له في هذه العلوم جميعها مؤلفات مشهورة لها مكاتبا عند العلماء وقد طبع منها الكثير [وكتابه القواعد] هذا الذي نقدمه للقراء الكرام ورواد العلم وعشاق المعرفة من أجود كتبه واندرها وجودا يدل على معرفة تامة بالمذهب .

و كنت احتفظت منه بنسختين فيهما خروم ابتغاء طبعه ولما يست من اكملها بعثتهما الى دار الكتب المصرية اذ هي خزانة العلم في الشرق جميعه معترضا البحث والتنقيب عن نسخة كاملة وقد شاء الله تحقيق هذه النية الصالحة فعثرت على نسخة كاملة قديمة لا تتجاوز مخطوطات عهد المؤلف وقديما كان الشيخ الجليل فوزان السابق معتمد المملكة العربية السعودية بالقاهرة ايدها الله بنصر من عنده يمد لنا يد المساعدة على نشر مثل هذه الاسفار الجليلة خدمة للعلم وابتغاء مرضاة الله تعالى ولما عرضت على حضرة رغبتي في طبع هذا الاثر النادر الكثير الفائدة سارع حفظه الله تعالى الى المساعدة بنصف نفقات طبعه

فما نحن نقدمه للقراء الكرام بعد معارضة نسختنا المحفوظة بيدنا على نسختي دار الكتب المرصودتين تحت رقمي ٧١١ ، ٧١٢ من فن الاصول والاشارة الى ما بينهما وبين نسختنا من اختلاف بأفضل الصفحة والذي بين المربعين [] زيادة عن نسختنا مع العناية بدقة التصحيح وجودة الورق وحسن الوضع ، ومن الله جل شأنه نستمد التوفيق والاعانة

محمد أمين

تحريرا في أوائل المحرم سنة ١٣٥٢
الموافق شهر مايو سنة ١٩٣٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(رب ينر وأعن)

قال الشيخ الامام العالم العلامة أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جنته .

الحمد لله الذي مهد قواعد الدين بكتابه المحكم ، وشيد معاهد العلم بخطابه وإحكام ، وفقه في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهم ، وأوقف من شاء على ماشاء من أسرار مراده وأهله ، فسبحان من حكم فاحكم ، وحلل وحرم ، وعرف وعلم ، علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم ، وأشهدان لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تهدي إلى الطريق الأقوم ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله المخصوص بجوامع الكلم وبدائع الحكم ، وودائع العلم والحلم والكرم ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم .

« اما بعد ، فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة ، تضبط للفقهاء أصول المذهب ، وتطلعهم من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب . وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد ، وتفيد له الشوارد ، وتقرب عليه كل متباعد ، فليمعن (١) الناظر فيه النظر ، وليوسع العذر ان اللبيب من عذر . فلقد سئح بالبال على غاية من الاعمال ، كالارتجال او قريبا من الارتجال ، في ايام يسيرة وليال . ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه ، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه ، والله المستول ان يوفقنا لصواب القول والعمل ، وأن يرزقنا اجتناب أسباب الزيغ والزلل ، انه قريب مجيب لمن سأل ، لا يخيّب من إياه رجا وعليه توكل . »

(القاعدة الأولى)

الماء الجاري هل هو كالراكد أو كل جرية منه لها حكم الماء المنفرد . فيه خلاف في المذهب يبنى عليه مسائل :

(أحدها) لو وقعت فيه نجاسة فهل يعتبر مجموعه ، فان كان كثيرا لم ينجس بدون تغير والا نجس او تعتبر كل جرية بانفرادها فان بلغت قلتين لم ينجس والا نجست . فيه روايتان

(١) فليتمعن: د

حكاهما الشيرازى وغيره (والثانية) المذهب عند القاضى والثانية لو غمس الاثنا النجس فى ماء جار ومرت عليه سبع جريات فهل ذلك غسلة واحدة أو سبع غسلات ، على وجهين : حكاهما أبو الحسن بن الغازى تلميذ الأمدى ، وذكر أن ظاهر كلام الأصحاب أن ذلك غسلة واحدة، وفى شرح المذهب للقاضى : أن كلام أحمد يدل عليه، وكذلك لو كان ثوباً ونحوه وعصره عقيب كل جرية. (والثالثة) لو انغمس المحدث حدثاً أصغر فى ماء جار للوضوء ومرت عليه أربع جريات متوالية فهل يرتفع بذلك حدثه أم لا ، على وجهين : أشهرهما عند الأصحاب أنه يرتفع (١) حدثه. وقال أبو الخطاب فى الانتصار : ظاهر كلام أحمد أنه لا يرتفع حدثه لأنه لم يفرق بين الجارى والراكد. قلت : بل نص أحمد على التسوية بينهما فى رواية محمد بن الحكم، وأنه إذا انغمس فى دجلة فإنه لا يرتفع حدثه حتى يخرج حدثه مرتباً (والرابعة) لو حلف لا يقف فى هذا الماء وكان جارياً لم يحنك عند أبى الخطاب وغيره، لأن الجارى يتبدل ويستخلف شيئاً فشيئاً، فلا يتصور الوقوف فيه. وقياس المنصوص أنه يحنك، لاسيما والعرف يشهد له بالإيمان مرجعها إلى العرف، ثم وجدت القاضى فى الجامع الكبير ذكر نحو هذا [والله اعلم] .

(القاعدة الثانية)

شعر الحيوان فى حكم المنفصل عنه لا فى حكم المتصل، وكذلك الظفر. وهذا هو جادة المذهب ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) إذا مس شعر امرأة بشهوة لم ينتقض وضوؤه ، وكذلك ظفرها أو مسها بظفره أو شعره (٢) ولهذا المسألة مأخذ آخر : وهو أن هذه الأجزاء ليست بمحل للشهوة الأصلية ، وهى شرط لنقض الوضوء عندنا (ومنها) أن الشعر لا ينجس بالموت ولا بالانفصال على المذهب، وكذا ما طال من الظفر على احتمال فيه ، أما على المشهور فإن انفصل من آدمى لم ينجس على الصحيح ومن غيره ينجس ، لأنه كانت فيه حياة ثم فارقت حال انفصاله فمنعه الاتصال من التنجيس فإذا انفصل زال المانع فتجس (ومنها) غسله فى الجنابة والحديث . فاما الجنابة ففى وجوب غسله وجهان والذى رجحه صاحب المغنى وذكر أنه ظاهر كلام الخرقي عدم الوجوب طرداً للقاعدة، ومن أوجبه فيقول : وجب تعبداً. نعم إن كان وصول الماء إلى البشرة لا يمكن بدون غسله وجب لضرورة وجوب إيصال الماء إلى مائحته ، وأما فى الحدث الأصغر فلا يجب غسل المسترسل منه على الصحيح، وأما المحاذى لمحل الفرض فيجزى أمرار الماء على ظاهره إذا كان كثيفاً، لأن إيصال الماء

الى الحوائل في الوضوء كاف وان لم تكن متصلة بالبدن اتصال خلفة كالحنف والعمامة والجبيرة فالمتصل خلفة أولى (ومنها) لو اضاف طلاقاً أو عتاقاً أو ظهارة إلى الشعر أو الظفر لم يثبت به الطلاق ولا العتاق ولا الظهار على الأصح (ومنها) لو كان جيبه واسعا ترى منه عورته في الصلاة لكن له الحية (١) كبيرة تستره فالمنذهب أنه يكفيه في الستر ، قال في المغني : نص عليه مع أنه قرر في كتاب الحج أن الستر بالمتصل كاليد ونحوها لا فدية فيه . وخالفه صاحب شرح الهداية وقال : هو ستر في الموضعين وتردد فيه القاضي في شرح المنذهب فجزم تارة بأن الستر بالمتصل ليس بستر في الاحرام ولا في الصلاة ثم ذكر نص أحمد ورجع إلى أنه ستر في الصلاة دون الاحرام ، لأن القصد في ستر الصلاة تغييب لون البشرة وفي الاحرام انما يحرم الستر بما يستربه عادة . فاما إيجاب الفدية به وضمانه من الصيد وتحريم نظره على الأجني ، فلها يتعلق بجملة البدن من ازالة جماله وتأذى الصيد بترويعه واثبات اليد عليه ، وهو ممتنع ، والافتتان بالمرأة ولهذا لو انفصل شعر المرأة جاز النظر اليه على ظاهر كلام أبي الخطاب في الانتصار وحكى صاحب التلخيص فيه وجهين .

(القاعدة الثالثة)

من وجبت عليه عبادة فأتى بما لو اقتصر على مادونه لأجزأه هل يوصف الكل بالوجوب أو قدر الاجزاء منه . ان كانت الزيادة متميزة منفصلة فلا اشكال في أنها نقل بانفرادها كإخراج صاعين منفردين في الفطرة ونحوها (٢) ، وأما ان لم تكن متميزة ففيه وجهان مذكوران في أصول الفقه وينبنى عليه مسائل :

(منها) اذا أدرك الامام في الركوع بعد فوات قدر الاجزاء منه هل يكون مدرثاً له في الفريضة . ظاهر كلام القاضي وابن عقيل تخريجها على الوجهين اذا قلنا لا يصح اقتداء المفترض بالمتنفل قال ابن عقيل ويحتمل أن تجرى الزيادة بحرى الواجب في باب الاتباع خاصة اذا الاتباع قد يسقط الواجب كما في المسبوق ومصلى الجمعة من امرأة وعبد ومسافر (ومنها) اذا وجب عليه شاة فذبح بدنة فهل كلها واجبة أو سبعة . على وجهين (ومنها) اذا أدى عن خمس من الابل بعيراً وقلنا يجزيه فهل الواجب كله أو خمسة الواجب . حكى القاضي ابو يعلى الصغير فيه وجهين : فعلى القول بأن خمسة الواجب يجزىء عن عشرين بعيراً ايضاً ، وعلى الآخر لا يجزىء عن العشرين الا أربعة ابعة (ومنها) اذا مسح رأسه كله دفعة واحدة وقلنا الفرض منه قدر الناصية فهل الكل فرض أو قدر الناصية منه (ومنها) اذا اخرج في الزكاة سناً اعلى من

(١) بنسخة الدارجة وهو تصحيف (٢) بالأصل ونحوه

الواجب فهل كله فرض أو بعضه تطوع ، قال أبو الخطاب كله فرض وقال القاضي بعضه تطوع وهو الصواب ، لأن الشارع أعطاه جبراً ناعن الزيادة ، فاما ما كان الأصل فرضيته وجوبه ثم سقط بعضه تخفيفاً فاذا فعل الأصل وصف الكل بالوجوب على الصحيح ، فمن ذلك اذا صلى المسافر أربعاً فان السكك فرض في حقه وعن أبي بكر أن الركعتين الأخيرتين تنقل^(١) لا يصح اقتداء المفترض به فيهما وهو متمش على أصله وهو عدم اعتبار نية القصر ، والمذهب الأول ومنه اذا كفر الواطي في الحيض بدینار فان السكك واجب وان كان له الاقتصار على نصفه ذكره في المغنى ، ويتخرج فيه وجه من قول أبي بكر فاما ان غسل رأسه بدلا عن مسحه وقتلنا بالاجزاء ففي السائل منه وجهان أحدهما انه مستعمل في رفع حدث لأن الأصل هو الغسل واما سقط تخفيفاً ، والثاني وهو الصحيح انه ظهور لأن الغسل مكروه فلا يكون واجبا وقد يقال والایتمام في السفر مكروه أيضا .

(القاعدة الرابعة)

العبادات كلها سواء كانت بدنية أو مالية أو مركبة منهما لا يجوز تقديمها على سبب وجوبها ويجوز تقديمها بعد سبب الوجوب وقبل الوجوب أو قبل شرط الوجوب ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة :

(منها) الطهارة سبب وجوبها الحدث وشرط الوجوب فعل العبادة المشترط لها الطهارة فيجوز تقديمها على العبادة ولو بالزمن الطويل بعد الحدث (ومنها) الصلاة فيجوز تقديم صلاة العصر الى وقت الظهر ، والعشاء الى وقت المغرب لأن الشارع جعل الزوال سببا لوجوب الصلاتين عند العذر دون عدمه ، ولهذا الوادرك جزاء من وقت الزوال ثم طرأ عليه عذر لزمه قضاء الصلاتين على احدى الروايتين ، ولو زال العذر في آخر وقت العصر لزمه الصلاتان بلا خلاف عندنا فلم ان الوقتين قد صارا في حال العذر كالوقت الواحد ، لكنه وقت جواز بالنسبة الى أحدهما ووجوب بالنسبة الى الأخرى (ومنها) صلاة الجمعة فان سببها اليوم لأنها تضاف اليه فيجوز فعلها بعد زوال وقت النهى من أول اليوم وان كان الزوال هو وقت الوجوب (ومنها) زكاة المال يجوز تقديمها من أول الحول بعد كمال النصاب (ومنها) كفارات الاحرام اذا احتيج اليها للعذر فان العذر سببها فيجوز تقديمها بعد العذر وقبل فعل المحظور (ومنها) صيام التمتع والقران فان سببه العمرة السابقة للحج في أشهره ، فبالشروع في احام العمرة

قد وجد السبب فيجوز الصيام بعده وان كان وجوبه متأخرا عن ذلك . وأما الحنابلة فقد التزمه أبو الخطاب في انتصاره، ولنا رواية أنه يجوز ذبحه لمن دخل قبل العشر المتعلقة ^{بالحنابلة} عليه الى يوم النحر وعلى المشهور لا يجوز في غير أيام النحر لأن الشرع خصها بالذبح (ومنها) كفارة اليمين يجوز تقديمها على الحنث بعد عقد اليمين مالية كانت أو بدنية (ومنها) اخراج كفارة القتل أو الصيد بعد الجرح وقبل الزهوق (ومنها) النذر المطلق نحو ان شفى الله مريضى فله على أن تصدق بكذا. فله أن يتصدق في الحال ذكره ابن عقيل في فتونه .

ويلتحق بهذه القاعدة ما يجوز تقديمه على شرط وجوبه بعد وجود سببه من غير العبادات ، كالأبوة من الدية بين الجناية والموت وأما من القصاص ففيه روايتان وكتوفية المضمون عنه للضامن الدين بين الضمان والأداء وفيه وجهان وكعفو الشقيع عن الشفعة قبل البيع وفيه روايتان ، فان سبب الشفعة الملك وشرطها البيع ، وأما اسقاط الورثة حقهم من وصية الموروث في مرضه فالمتنصوص عن أحمد انه لا يصح وشبهه في موضع بالعفو عن الشفعة ، فخرجه الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية على روايتين وكايتاء (١) المكاتب ربع الكتابة بعد عقدها وقبل كمال الأداء وهو جائز .

(القاعدة الخامسة)

من عجل عبادة قبل وقت الوجوب ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحال بحيث لو فعل المعجل في وقت الوجوب لم يجزئه فهل تجزئه أم لا هذا على قسمين :

(أحدهما) أن يتبين الخلل في نفس العبادة بان يظهر وقت الوجوب ان الواجب غير المعجل ولذلك صور (منها) اذا كفر بالصوم قبل الحنث ثم حنث وهو موسر قال صاحب المغنى لا يجزئه لأننا تبيننا ان الواجب غير ما أتى به واطلاق الاكثر [ين] مخالف لذلك لأنه كان فرضه في الظاهر فبرى به وانحلت يمينه بمعنى انها لم تبق منعقدة بالتكفير فصادف فعل المحلوف عليه ذمة بريته من الواجب فلم يحصل به الحنث ، لأن الكفارة حلته . وقد صرح ابو بكر عبد العزيز بأن الكفارة قبل الفعل تحل اليمين المنعقدة وبعده تكفر أثر المخالفة (ومنها) اذا كفر المتمتع بالصوم ثم قدر على الهدى وقت وجوبه فصرح ابن الزاغوني في الاقناع بانه لا يجزئه الصوم واطلاق الاكثرين يخالفه ، بل وفي كلام بعضهم تصريح به وربما أشعر كلام أحمد بذلك لأن صومه صح فبرئت ذمته به فصادف وقت وجوب الهدى ذمة بريته من عبادة الواجب (ومنها) اذا عجل عن اربع وعشرين من الابل اربع شياه ثم نتجت وأخذ:

قبل الحول ففيه وجهان أحدهما : لا يجزئه ويجب عليه اخراج بنت مخاض . والثاني يجزئه عن العشرين ويخرج عن الباقي خمس بنت مخاض ولا يقال انه يجب عليه شاة عن الخمس الزائدة التي لم يؤد عنها ثلثا يفنى الى ايجاب خمس شياه عن خمس وعشرين (ومنها) اذا صلى الصبي في أول الوقت ثم بلغ ففى وجوب الاعادة وجهان المنصوص انه يجب واختار القاضى فى شرح المذهب خلافه لأنه فعل المأمور به فى أول الوقت فصادفه وقت الوجوب وقد فعل المأمور فامتنع تعلق الوجوب به لذلك ، وهذا بخلاف ما اذا حج ثم بلغ فان حجه ليس بمأمور به ولا معاقب على تركه بخلاف الصلاة .

(والقسم الثانى) ان يتبين الخلل فى شرط العبادة المعجلة فالصحيح انه يجزئه ويتفرع عليه مسائل (منها) اذا عجل الزكاة الى فقير مسلم فحال الحول وقد مات أو ارتد أو استغنى من غيرها (ومنها) اذا جمع بين الصلاتين فى وقت اولاهما بتيمم ثم دخل وقت الثانية وهو واجد للبل (ومنها) اذا قصر الصلاتين فى السفر فى وقت اولاهما ثم قدم قبل دخول وقت الثانية .

(القاعدة السادسة)

إذا فعل عبادة فى وقت وجوبها يظن انها الواجبة عليه ثم تبين بأخرة ان الواجب كان غيرها فانه يجزئه ولذلك صور :

منها اذا أحج المعضوب (١) عن نفسه ثم برى فانه يجزئه على المذهب لأنه فعل الواجب عليه فى وقته لاسيما ان قيل ان ذلك عليه على الفور (ومنها) اذا كفر العاجز عن الصيام بالاطعام للاياس من برئه ثم عوفى فانه لا يلزمه قضاء الصوم (ومنها) اذا ارتفع حيضها لا تدرى مافعه فانها تعد عندنا سنة فاذا اعتدت سنة ثم رأت الحيض لم يلزمها الاعتداد به (ومنها) اذا صلى الظهر من لاجعة عليه لأجل العذر ثم زال العذر قبل تجميع الامام فانه لا يلزمه إعادة الجمعة مع الامام ، واما ما حكى عن أبى بكر أنه لا يجزئه فعل الظهر قبل تجميع الامام فمن الأصحاب من بناء على هذا الأصل وانه يجب الاعادة لتبيننا ان الواجب عليه الجمعة ، وليس هذا مأخذ أبى بكر فانه صرح بمأخذه وهو ان وقت الظهر فى حق من لاجعة عليه انما يدخل بفعل الجمعة من الامام كما لا يدخل وقت الذبح فى الاضاحى الا بعد صلاة الامام .

(١) المعضوب : الزمن الذى لا حراك به

ويلتحق بهذه القاعدة ما إذا خفى الاطلاع على خلل الشرط ثم تبين ، فانه يقتفر في الاصح .
 (فمن ذلك) اذا أدى الزكاة الى من يظنه فقيراً فبان (١) أنه غني فانها تسقط على أصح الروايتين
 (ومنها) إذا صلى المسافر بالاجتهاد الى القبلة ، ثم تبين الخطأ فانه لا إعادة على الصحيح (ومنها) اذا حكم
 الحاكم بشهادة عدلين في الظاهر ثم تبين فسقهما ففي النقص روايتان ، رجح ابن عقيل في الفنون (٢)
 عدمه ، وبه جزم القاضي في كتاب الصيد من خلافه ، والآمدى لثلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد
 والمشهور النقض لتعلق حق الغير به ، واما اذا اصطاد بكلب عليه (٣) ثم أكل من الصيد فانه لا تحرم
 صيوده المتقدمة على الصحيح ، لكن مأخذه انالم تبين فساد تعليمه لجواز أن يكون نسيه بعد تعلمه
 او نسي إرساله ، فأما الاعادة على من نسي الماء في رحله وتيمم ثم صلى او على من صلى صلاة شدة
 الخوف لسواد ظنه عدوا فلم يكن او كان بينه وبينه ما يمنع العبور فانه مبنى على انه فرط بترك
 البحث والتحقيق .

﴿ القاء السابعة ﴾

من تلبس بعبادة ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجدا له قبل الشروع لكان هو الواجب
 دون ما تلبس به ، هل يلزمه الانتقال اليه أم يمضى ويجزئه . هذا على ضريين :
 (أحدهما) أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيرا على المكلف وتسيلا عليه مع امكان
 اتيانه بالأصل على ضرب من المشقة والتكلف ، فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل كالتمتع
 اذا عدم الهدى فانه رخص له في الصيام رخصة عامة ، حتى لو قدر على الشراء بثمن في ذمته وهو
 موسر في بلده لم يلزمه .

(الضرب الثاني) أن يكون المتلبس به انما شرع ضرورة للعجز عن الأصل وتعذره
 بالكلية فهذا يلزمه الانتقال الى الأصل عند القدرة عليه ولو في اثناء التلبس بالبدل كالعدة
 بالاشهر فانها لا تعتبر بحال مع القدرة على الاعتداد بالحيض ، ولهذا تؤمر من ارتفع حيضها
 لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طالت المدة ، وانما جوز لمن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه
 أن تعتد بالاشهر لأن حيضها غير معلوم ولا مظنون عوده . وسواء كانت هذه المعتدة
 مكلفة قبل هذا بالاعتداد بالحيض كمن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فاعتدت بالاشهر ثم حاضت
 في أثنائها ، أو لم تكن مكلفة به كالصغيرة اذا حاضت في اثناء العدة بالاشهر .

(١) ثم بان : د (٢) فنونه : د (٣) معلم علمه : د ٧١١

وهاهنا مسائل كثيرة مترددة بين الضريين :

(منها) من شرع في صيام كفارة ظهار أو يمين أو غيرها ثم وجد الرقبة ، فالمذهب لا يلزمه الانتقال لأن ذلك رخصة ، فهو كصيام المتمتع . وفيه وجه يلزمه الانتقال لأن الكفارات مشروعة للردع والزجر وفيها من التغليظ ما ينافي الرخصة المطلقة ، ولهذا يلزم شراء الرقبة بضمن في الذمة إذا كان ماله غائباً ، ولو لم يجد من يبيعه رقبة بالدين وماله غائب فهل يلزمه انتظاره أو يجوز له العدول إلى الصيام للشقة أو يفرق بين الظهار وغيره على أوجه معروفة (ومنها) التيمم إذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء ففى بطلانها روايتان ، لأن التيمم من حيث كونه رخصة عامة فهو كصيام المتمتع ، ومن حيث كونه ضرورة يشبه العدة بالأشهر . ويان الضرورة أنه تستباح معه الصلاة بالحدث فإنه غير رافع له على المذهب فلا يجوز أتمام الصلاة محدثاً مع وجود الماء الرفع له (ومنها) إذا نكح المعسر الخائف للعت أمة ثم زال أحد الشرطين ، فهل يفسخ نكاحه . على روايتين والنكاح فيه شوب عبادة .

(القاعدة الثامنة)

من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها هل يلزمه الاتيان بما قدر عليه منها أم لا . هذا أقسام : (احدها) ان يكون المقدور عليه ليس مقصوداً في العبادة بل هو وسيلة محضة إليها كتحرريك اللسان في القراءة وامرار موسى على الرأس في الحلق والختان ، فهذا ليس بواجب لأنه إنما وجب ضرورة القراءة والحلق والقطع ، وقد سقط الأصل فسقط ما هو من ضرورته . وواجبه القاضي في تحريك اللسان خاصة وهو ضعيف جدا .

(القسم الثاني) ما وجب تبعاً لغيره وهو نوعان :

(احدهما) ما كان وجوبه احتياطاً للعبادة ليتحقق حصولها كغسل المرفقين في الوضوء فإذا قطعت اليد من المرفق هل يجب غسل رأس المرفق الآخر أم لا على وجهين : أشهرهما عند الأصحاب الوجوب ، وهو ظاهر كلام أحمد . واختيار (١) القاضي في كتاب الحج من خلافه أنه يستحب وحمل كلام أحمد على الاستحباب . هذا إذا بقي شيء من العبادة كما في وضوء الأقطع ، أما إذا (٢) لم يبق شيء بالكلية سقط التبع كامسك جزء من الليل في الصوم فلا يلزم من أبيح له الفطر بالاتفاق (والثاني) ما وجب تبعاً لغيره على وجه التكميل واللواحق مثل رمي الجمار والمبيت بمنى لمن لم يدرك

(١) واختار : د (٢) أما ان : د

الحج ، فالمشهور انه لا يلزمه لان ذلك كله من توابع الوقوف ، بعوقه ، فلا يلزم من لم يقف بها . وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى يلزمها ، لانه عبادات في نفسها مستقلة ، ومن أمثلة ذلك : المريض اذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود ، فانه لا يلزمه ذلك على الصحيح ، لأن السجود على بقية الأعضاء انما وجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلاً له .

(والقسم الثالث) ما هو جزء من العبادة وليس بعبادة في نفسه بانفراده ، او هو غير مأور به لضرورة (١) (فالاول) كصوم بعض اليوم لمن قدر عليه وعجز عن اتمامه فلا يلزمه بغير خلاف . (والثاني) كعتق بعض الرقبة في الكفارة فلا يلزم القادر عليه اذا عجز عن التكميل لأن الشارع قصده تكميل العتق مهما أمكن ، ولهذا شرع السراية والسعاية (٢) وقال : ليس لله شريك ، فلا يشرع عتق بعض الرقبة . (القسم الرابع) ما هو جزء من العبادة وهو عبادة مشروعة في نفسه فيجب فعله عند تعذر فعل الجميع بغير خلاف ، ويتفرع عليه مسائل كثيرة :

(منها) العاجز عن القراءة يلزمه القيام لأنه وان كان مقصوده الأعظم القراءة لكنه ايضا مقصود في نفسه وهو عبادة منفردة (ومنها) من عجز عن بعض الفاتحة لزمه الاتيان بالباقي (ومنها) من عجز عن بعض غسل الجنابة لزمه الاتيان بما قدر منه لأن تخفيف الجنابة مشروع ولو بغسل أعضاء الوضوء كما يشرع للجنب اذا أراد النوم او الوطء او الاكل ويستطيع (٣) به اللبس في المسجد عندنا ووقع التردد في مسائل آخر .

(منها) المحدث اذا وجد ما يكفي بعض أعضائه ففى وجوب استعماله وجهان ، ومأخذ من لا يراه واجبا إما ان الحدث الأصغر لا يتبع بعض رفعه فلا يحصل به مقصود ، أو أنه يتبع بعض لكنه يبطل بالاخلال بالموالات فلا يبقى له فائدة ، أو ان غسل بعض أعضاء المحدث غير مشروع بخلاف غسل بعض أعضاء الجنب كما تقدم (ومنها) اذا قدر على بعض صاع في صدقة الفطر فهل يلزمه اخراجه على روايتين ، ومأخذ عدم الوجوب انه كفارة بالمال فلا يتبع بعض كما لو قدر على التكفير باطعام بعض المساكين والصحيح الوجوب ، والفرق بينه وبين الكفارة من وجهين (احدهما) ان الكفارة بالمال تسقط الى بدل هو الصوم بخلاف الفطرة (والثاني) ان الكفارة لا بد من تكميلها والمقصود ، من التكفير بالمال تحصيل احدى المصالح الثلاث على

(١) لضرره : د (٢) السعاية الترخيص للعبد الذي عتق سيده بعضه ان يسمى في فكاك ما بقى من رقه فيعمل ويكسب ويصرف ثمنه الى مولاه ، والسراية هي الحكم بـسريان عتق باقيه تبعاً لعتق بعضه السابق (٣) فيستطيع : د

وجها وهي العتق والاطعام والسكوة ، وبالتفريق يفوت ذلك فلا تبرأ الذمة من الوجوب الا بالاثنيان باحدى النخصال بكاملها او بالصيام وفي الفطرة لا تبرأ الذمة منها بدون اخراج الموجود .

(القاعدة التاسعة)

في العبادات الواقعة على وجه محرم ، ان كان التحريم عائداً الى ذات العبادة على وجه يختص بها لم يصح ، وان كان عائداً الى شرطها فان كان على وجه يختص بها فكذلك أيضاً ، وان كان لا يختص بها ففي الصحة روايتان اشهرهما عدمها ، وان عاد الى ماليس بشرط فيها ففي الصحة وجهان واختار أبو بكر عدم الصحة وخالفه الا كثرون فللاول أمثلة كثيرة :

(منها) صوم يوم العيد فلا يصح بحال على المذهب (ومنها) الصلاة في أوقات النهي (ومنها) الصلاة في مواضع النهي فلا يصح على القول بأن النهي للتحريم وانما يصح على القول بأن النهي للتنزيه . هذه طريقة المحققين وان كان من الاصحاب من يحكي الخلاف في الصحة مع القول بالتحريم (ومنها) صيام أيام التشريق فلا يصح تطوعاً بحال ، والخلاف في صحة صومها فرضاً مبني على ان النهي هل يشمل الفرض أم يختص التطوع وللثاني أمثلة كثيرة :

(منها) الصلاة بالنجاسة وبغير سترة وأشياء ذلك وللثالث أمثلة كثيرة :

(منها) الوضوء بالماء المغصوب (ومنها) الصلاة في الثوب المغصوب والحريز وفي الصحة روايتان ، وعلى رواية عدم الصحة فهل المبطّل ارتكاب النهي في شرط العبادة ، ام ترك الاثنيان بالشرط المأمور به . للاصحاب فيه مأخذان ينبنى عليهما لو لم يجد الا ثوباً مغصوباً فصلّى فيه فان علمنا بارتكاب النهي لم تصح صلاته ، وان علمنا بترك المأمور صحت لأنه غير واجد لسترة يؤمر بها ، وأما من لم يجد الا ثوب حريز فتصح صلاته فيه بغير خلاف على أصح الطريقين لا باحة لبسه في هذه الحال (ومنها) الصلاة في البقعة المغصوبة وفيها الخلاف وللبطالان مأخذان أيضاً ، أحدهما ان البقعة شرط للصلاة ولهذا لا تصح الصلاة في الأرجوحة ولا على بساط في الهواء . والثاني أن حركات المصلي وسكناته في الدار المغصوبة هو نفس المحرم فالتحريم عائد الى نفس الصلاة وان كان غير مختص بها فهو كاخراج الزكاة والهدى من المال المغصوب وللرابع أمثلة :

(منها) الوضوء من الاناء المحرم (ومنها) صلاة من عليه عمامة غضب أو حريز أو في يده خاتم ذهب وفي ذلك كله وجهان واختيار أبي بكر عدم الصحة ، وأما من عليه ثوبان أحدهما

غصب فقيل هو مخرج على هذين الوجهين، وقيل بل هو كمن ليس عليه سوى الثوب المصوب لأن المباح لم يتعين للستر بل الستر حصل بواحد غير معين. وأما الحج بالمال المصوب ففي صحته روايتان فقيل لأن المال شرط لوجوبه وشرط الوجوب كشرط الصحة ورجع ابن عقيل الصحة وجعله من القسم الرابع ومنع كون المال شرطاً لوجوبه لأنه يجب على القريب بغير مال وليس بشيء، فانه شرط في حق البعيد خاصة، كما ان المحرم شرط في حق المرأة دون الرجل والله أعلم.

(القاعدة العاشرة)

الألفاظ المتبعة في العبادات والمعاملات .

(منها) ما يعتبر لفظه ومعناه وهو القرآن لا عجزه بلفظه ومعناه، فلا تجوز الترجمة عنه بلغة أخرى (ومنها) ما يعتبر معناه دون لفظه كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود وألفاظ الطلاق (ومنها) ما يعتبر لفظه مع القدرة عليه دون العجز عنه ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) التكبير والتسبيح والدعاء في الصلاة لا تجوز الترجمة عنه مع القدرة عليه ، ومع العجز عنه هل يلحق بالقسم الأول فيسقط أو بالثاني فيأتي به (١) بلغته، على وجهين (ومنها) خطبة الجمعة لا تصح مع القدرة بغير العربية على الصحيح وتصح مع العجز (ومنها) لفظ النكاح ينعقد مع العجز بغير العربية ومع القدرة على التعلم فيه وجهان (ومنها) لفظ اللعان وحكمه حكم لفظ النكاح.

(القاعدة الحادية عشر)

من عليه فرض هل له ان يتنفل قبل أدائه بجنسه ام لا . هذا نوعان :

(احدهما) العبادات المحضة فان كانت موسعة جاز التنفل قبل أدائها كالصلاة بالاتفاق وقبل قضائها أيضا كقضاء رمضان على الأصح وان كانت مضيقا لم تصح على الصحيح ولذلك صور :

(منها) اذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد التنفل [المطلق] حينئذ على وجهين (ومنها) من عليه صلاة فائتة هل يصح التنفل المطلق قبل قضائها . على وجهين لأن قضاء الفوائت على الفور (ومنها) اذا شرع في التنفل بعد اقامة الصلاة المكتوبة فهل تصح على وجهين لأن الجماعة واجبة (ومنها) صوم رمضان لا يصح ان يصوم فيه عن غيره فان فعل لم يصح عن نفيه، وهل ينقلب عن فرضه يذنبى على وجوب نية التعيين (ومنها) اذا حج تطوعا قبل حجة الاسلام لم يقع عن

للتطوع وانقلابت عن حجة الاسلام على المذهب الصحيح (ومنها) لو حج عن نذره او عن تنفل وعليه قضاء حجة فاسدة وقعت عن القضاء دون مانواه على المذهب أيضاً ، فأما ان تنفل بالحج بعد قضاء حجة الاسلام وقبل الاعتماد او بالعكس فهل يجوز ام لا . قال في التلخيص ينبغي على أن النسك هل هو على الفور ام لا ، فان قلنا على الفور لم يجوز والا جاز وفيه نظر . وأما الزكاة فقال الأصحاب يصح ان يتنفل بالصدقة قبل أدائها وان كانت على الفور وكذلك نص أحمد في رواية مهنأ فيمن عليه زكاة ونذر لا يبالي بأيهما يبدأ ، وهذا اذا كان ماله يتسع لها فاما ان لم يتسع فسنذكره .

(النوع الثاني) التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة اذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن حجر عليه فالمذهب صحة تصرفه وإن استغرق ماله في ذلك واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله انه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرما ، وحكاة قولاً في المذهب ويمكن تخريجه في المذهب من أصليين :

(أحدهما) مانص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف او صدقة وأبواه محتاجان ان لهما رده واحتج بالحديث المروي في ذلك .

(والثاني) أنه نص في رواية أخرى على من أوصى لأجنب وله أقارب محتاجون ان الوصية ترد عليهم فتخرج من ذلك ان من تبرع وعليه نفقة واجبة لو ارث او دين ليس له وفاء انه يرد ولهذا يباع (١) المدير في الدين خاصة على رواية ، ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله قال هذا مردود لو كان في حياته لم أجوز له اذا كان له ولد .

(القاعدة الثانية عشر)

المذهب ان العبادات الواردة على وجوه متعددة يجوز فعلها على جميع تلك الوجوه الواردة فيها من غير كراهة لبعضها وان كان بعضها افضل من بعض ، لكن هل الافضل المداومة على نوع منها أو فعل جميع الأنواع في أوقات شتى ، ظاهر كلام الأصحاب الأول ، واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله ، الثاني لأن فيه اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في تنوعه وقال (٢) ابن عقيل في صلاة الخوف إنها تنوعت بحسب المصالح فتصلى في كل وقت على صفة تكون مناسبة له وهل الافضل الجمع بين ما أمكن جمعه من تلك الأنواع او الاختصار على واحد منها . هذا فيه نزاع في المذهب

(١) نعيم : نسختنا الدار (٢) وقاله : نسختنا د

ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) مسح الأذنين المذهب أنه يستحب مسحهما مرة واحدة إمام مع الرأس أو يمام جديد ولا يسن الجمع بينهما وحكى عن القاضي عبد الوهاب بن جلبة قاضى حران أن الأفضل الجمع بينهما عملاً بالحديثين (ومنها) الاستفتاح فالمذهب أن الأفضل الاستفتاح بسبحانك اللهم مقتصرًا عليه واختار ابن هبيرة أن الجمع بينه وبين الاستفتاح بوجهات وجهى أفضل ، وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه يستفتح كذلك ، ولكن ورد في الجمع أحاديث متعددة وفيها ضعف وبتقدير ثبوتها فلا تكون المسألة من هذا القبيل (ومنها) اجابة المؤذن هل يشرع فيها الجمع بين الحيلة والحوقة أم لا وكذا في التشويب في الفجر فيه وجهان (ومنها) سنة الجمعة بعدها نقل إبراهيم الحربي عن أحمد رحمه الله أنه قال : أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأربع ركعات وصلى هو ركعتين فأيهما فعلت فحسن وإن أردت أن تحتاط صليت ركعتين وأربعاً جمعت فعله وأمره وهذا مأخذ غريب لاستحباب الست ، وأما الأصحاب فلم يستندوا إلا إلى ما نقل عن بعض الصحابة من صلاته ست ركعات (ومنها) ألفاظ الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد فانه قد ورد فيها كما صليت على آل إبراهيم وورد كما صليت على إبراهيم فهل يقال الأفضل الجمع بينهما فإن من الأصحاب من اختار الجمع بينهما وقد يكون مستنده جمع الروايتين وأنكر الشيخ رحمه الله ذلك وقال لم يبلغنى فيه حديث مسند ثابت بالجمع بينهما ولا يصح أن يجمع بين الروايتين لأنه كان يقول هذا تارة وهذا تارة فأحد اللفظين بدل عن الآخر ولا يصح الجمع بين البديل والمبدل كذا قال ، وقد ثبت في صحيح البخارى الجمع بينهما من حديث كعب ابن عجرة وأخرجه النسائي من حديث كعب أيضا ومن حديث أبي طلحة (١).

(القاعدة الثالثة عشر)

إذا وجدنا أثر معلول لعل ووجدنا في محله علة صالحة له ، ويمكن أن يكون الأثر معلولاً لغيرها لكن لا يتحقق وجود غيرها ، فهل يحال ذلك الأثر على تلك العلة المعلومة أم لا في المسألة خلاف ولها صور كثيرة قد يقوى في بعضها الاحالة وفي بعضها العدم ، لأن الأصل أن لعل سوى هذه المتحققة وقد يظهر في بعض المسائل الاحالة عليها فيتوافق الأصل الظاهر ، وقد يظهر الاحالة على غيرها فيختلفان .

(فمن صور المسألة) ماذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجده متغيراً فإنه يحكم بنجاسته عند الأصحاب إحالة للتغيير (١) على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود مغير غيرها وخرج بعض المتأخرين فيه وجهاً آخر أنه طاهر من مسألة الصيد الآتية والأولى أولى لأن الأصل طهارة الماء فلا يزال عنها بالشك (ومنها) ماذا وجد من النائم قبل نومه سبب يقتضي خروج المذى منه من تفكر (٢) أو ملاعبة ونحوهما ثم نام واستيقظ ووجد بللاً لم يتيقنه منياً ولم يذكر حلماً فإن المنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا غسل عليه إحالة للخارج على السبب المتيقن وهو المقتضى لخروج المذى لأن الأصل عدم وجود غيره وقد تيقن وجوده وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى بوجوب الغسل (ومنها) لو جرح صيداً جرحاً غير موحٍ (٣) ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر فيه غير سهمه فهل يحل أكله على روايتين أصحهما أنه يحل لحديث عدي بن حاتم والثانية لا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت (٤) ولذلك تسمى مسألة الأسماء والأسماء ، وفيه رواية ثالثة أن غاب عنه ليلة لم يحل والاحل وفيه حديث مرفوع وفيه ضعف، وعال بأن هوام الليل كثيرة (٥) فكان الظاهر هنا هو وجود سبب آخر حصل منه الزهوق قوى على الأصل وهو عدم إصابة غير السهم له (ومنها) لو جرح المحرم صيداً جرحاً غير موحٍ ثم غاب عنه ثم وجده ميتاً فهل يضمه كله أو أرش الجرح على وجهين وجزم بعض الأصحاب بضمان أرش الجرح فقط لأنه المتيقن والأصل براءة الذمة (ومنها) لو جرح آدمياً معصوماً جرحاً غير موحٍ ثم مات وادعى أنه مات بسبب غير سراية جرحه وأنكر الولي فالقول قول الولي مع يمينه ولم يحك أكثر الأصحاب في ذلك خلافاً إحالة للزهوق على الجرح المعلوم، وفي المجرد أنه ان مات عقيب الجرح فالقول قول الولي وإن مات بعد مدة يندمل الجرح في مثلها . فإن قامت بينة بأنه لم يزل ضمنياً (٦) من الجرح حتى مات فكذلك والافالقول قول الجاني وفيه وجه آخر أن القول قول الولي (ومنها) لو قال لأمته ولها ولدها الولد مني، فهل يثبت بذلك استيلاد الأمة على وجهين (أحدهما) نعم لأننا لا لعلم سبباً يتحقق به لحوق النسب [هنا] غير ملك اليمين فيحال للأحق عليه فيستلزم ذلك ثبوت الاستيلاد في الأمة (والثاني) لا لاحتمال استيلاده قبل ذلك في نكاح أو وطء شبهة (ومنها) لو ادعى رق مجهول النسب فشهدت له بينة أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه فهل يحكم له به على وجهين

(١) للتغير : د (٢) تفكير : د (٣) يقال وحى فلان ذبيحته إذا ذبحها ذبحاً سريعاً (٤) الأسماء أن ترمى الصيد فتقتله على المكان بعينه قبل أن يغيب عنه، والأسماء أن ترميه فيغيب عنه ولا تراه وتجده ميتاً (٥) كثير : د (٦) الضممة بضم الضاد المرض والضمن بفتحها مع كسر الميم الزمن والمبتلى في جسده .

رجح الشيخ مجد الدين أنها ان شهدت أن أمته ولدته ونحو ذلك مما فيه اضافة الولد الى الامة المضافة اليه حكم له بالولد ، فان (١) لم يكن كذلك بأن شهدت أن هذا ولد هذه الامة وأن أمه ملك له لم يحكم له بالولد (ومنها) لو قال رجل : هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل وهل ترجع زوجته على الاخرى على وجهين : أحدهما ترجع لأن زوجها ابوه فالظاهر أنها أمه . والثاني يتساويان لأن كل واحدة منهما لو انفردت بالحق بها فاذا اجتمعتا تساوتا [ذكره في المغنى] (ومنها) لو باع أمة له من رجل فولدت عند المشتري فادعى البائع أنه ولده فصدقه المشتري أنها تصير أم ولد للبائع وينفسخ البيع نص عليه احمد رحمه الله في رواية منها وذكره أبو بكر وذكر ذلك القاضى في خلافه وتأوله على أنه ادعى أنها ولدت في ملكه وصدقه المشتري على ذلك (ومنها) لو ولدت المطلقة الرجعية ولدا لا يمكن الحاقه بالمطلق الا بتقدير وطء حاصل منه في زمن العدة ، فهل يلحق به الولد في هذه الحال أم لا على روايتين أصحهما لحوقه لأن الفراش لم يزل بالكلية فاحالة الحمل عليه أولى كحالة صلب النكاح وعلى هذا فهل يحكم بارتجاعها بلحوق النسب على وجهين : أصحهما وهو المنصوص أنها [تصير] مرتجعة بذلك وينبنى على ذلك مسألة مشككة في تعليق الطلاق بالولادة ذكرها صاحب المحرر فيه واما شكل توجيهها (٢) على الأصحاب فقد أفردنا لها جزءا (ومنها) أنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم اذا كان ثم سبب ظاهر يحال الاخذ عليه ولا يجوز اذا كان السبب خفياً ، هذا هو ظاهر المذهب فيباح للمرأة ان تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف وللضيف إذا نزل بالقوم فلم يقروه أن يأخذ من أموالهم بقدر قراه بالمعروف لأن السبب إذا ظهر لم ينسب أخذ إلى خيانة بل يحال أخذه على السبب الظاهر بخلاف ما إذا خفى فانه ينسب بالأخذ إلى الخيانة (ومنها) لو قال في مرضه إن مت من مرضى هذا فسالم حر وإن برئت منه فغانم حر ثم مات ولم يعلم هل مات من المرض أو برى منه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يعتق سالم لأن الاصل دوام المرض وعدم البرء ولا تناقض تحققنا انعقاد سبب الموت بمرضه وشككنا في حدوث سبب آخر غيره فيحال الموت على سببه المعلوم (والثاني) يعتق أحدهما بالقرعة لأن أحد الشرطين وجد ظاهرا وجهل عينه (والثالث) لا يعتق واحد منهما لاحتمال أن يكون مات في مرضه ذلك بسبب حادث فيه من قتل أو غيره فلم يمت من مرضه ولم يبرأ منه فلم يتحقق وجود واحد من الشرطين (ومنها) لو أصدقها تعليم سورة من القرآن ثم طلقها ووجدت حافظة لها وتنازعا هل عليها الزوج فبرىء من الصداق أم لا فأيهما

(١) وإن : د (٢) وأشكل توجيهها : د

يقبل قوله . فيه وجهان وخرج عليهما الشيخ تقي الدين رحمه الله مسألة اختلافهما في النفقة والكسوة مدة مقامها عند الزوج هل كانت من الزوج او منها (ومنها) لو ادعى صاحب الزرع ان غنم فلان نفشت فيه ليلا ووجد في الزرع أثر غنمه . قضى بالغبان على صاحب الغنم نص عليه في رواية ابن منصور وجعل الشيخ تقي الدين هذا واشباهه من القيافة في الاموال وجعلها معتبرة كالقيافة في الانساب ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يكتفى بذلك (ومنها) لو تزوج بكرا فادعت أنه عنين فكذبها ودعى انه أصابها وظهرت ثيبا فادعت (١) ان ثيوبتها بسبب آخر قال قول قول الزوج ، ذكره الاصحاب ويتخرج فيه وجه آخر من المسائل المتقدمة (ومنها) اللوث في القسامة (٢) ومسائله معروفة .

(القاعدة الرابعة عشر)

إذا وجد سبب ايجاب أو تحريم من أحد رجلين لا يعلم عينه منهما ، فهل يلحق الحكم بكل منهما أولا يلحق بواحد منهما شيء في المسألة خلاف ولها صور :

(احداها) إذا وجد اثنان منيا في ثوب ينمان فيه أو سمعا صوتا خارجا ولم يعلم من ايهما هو فقي المسألة روايتان (احداها) لا يلزم واحدا منهما غسل ولا وضوء نظرا الى ان كل واحد منهما متيقن للطهارة شك في الحدث (والثانية) يلزمهما الغسل والوضوء لأن الاصل زال يقينا في احدهما فتعذر البقاء عليه وتعين الاحتياط ولم يلتفت الى النظر في كل واحد بمفرده كشوين او اثنان نجس أحدهما .

(الصورة الثانية) قال أحد الرجلين ان كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق ، وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأتى طالق وغاب ولم يعلم ماهو . ففيها وجهان : أحدهما ما قال القاضي في المجرد وأبو الخطاب وغيرهما يبنى كل واحد منهما على يقين نكاحه ، والثاني وهو اختيار الشيرازي في الايضاح وابن عقيل انه تخرج المطلقة منهما بالقرعة ، وقال القاضي في الجامع هو قياس المذهب لأن واحدة منهما طلقت يقينا فأخرجت بالقرعة كما لو كانت الزوجتان لرجل واحد وذكر بعض الاصحاب احتمالا يقتضي وقوع الطلاق بهما حكما كما تجب الطهارة عليهما في المسألة الاولى وقد أوما اليه أحمد في رواية

(١) وادعت : د (٢) اللوث في القسامة : أن يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل أن يموت ان فلانا قتلني أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد منه له أو نحو ذلك .

صالح ، وحكى له قول الشعبي في رجل قال لأخراذك لحسود فقال له الآخر أحسدنا امرأته طالق ثلاثا فقال الآخر نعم ، قال الشعبي حنتها وخسرتما وبانت منكما امرأتا كما جميعا وحكى له قول الحارث ادينهما وأمرهما بتقوى الله عز وجل وأقول أتيا أعلم بما حلفتما عليه ، فقال أحمد هذا شيء لا يدرك ألقاهما في التهلكة فانكاره لقول الحارث يدل على موافقته لقول الشعبي بوقوع الطلاق فهما . هذا هو الظاهر ذكره الشيخ تقي الدين وقال هو بناء على أنه حلف على ما لم يعلم صحته أو مالا تدرك صحته فيحنت كقول مالك . ويدل عليه تعليل أحمد وقوع الطلاق على من قال أنت طالق إن شاء الله بأن مشيئة الله لا تدرك وهذا القول فيه بعد لأن ايقاع طلاقهما يفضي الى ان يباح للأزواج من هي في زوجية الغير باطنا ، وفي اجبارهما على تجديد الطلاق اجبار للانسان على قطع ملكه بغير حق وهو ضرر بخلاف ايجاب الطهارة عليهما فإنه لا ضرر فيه ولنا وجه آخر بوجوب اعتزال كل منهما زوجته حتى يتيقن الأمر ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية عبد الله ونقل حرب عن أحمد رحمه الله انه ذكر هذه المسألة فتوقف فيها وقال أحب الى أن لا أقول فيها شيئا وتوقف عنها (الصورة الثالثة) قال أحدهما ان كان غرابا فأمتى حرة وقال الآخر ان لم يكن غرابا فأمتى حرة وفيهما الوجهان المذكوران في الطلاق ، وقياس المنصوص هاهنا أن يكف كل واحد عن وطئ أمته حتى يتيقن فان اشترى أحدهما أمة الآخر عين المعتقة منهما بالقرعة على أصح الوجهين لاجتماعهما في ملكه واحدهما عتيقة كما قلنا لا يصح أن ياتم أحدهما بالآخر في الصورة الأولى لأن أحدهما محدث يقينا فينظر اليهما مجتمعين في حكم يتعلق باجتماعهما .

وليس من هذه القاعدة اذا وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر وأنت بولد وضاع نسبه لفقد القافة او غير ذلك وأرضعت أمه بلبنه ولدا آخر فإنه يصير حكم كل من الصغيرين حكم ولد لكل واحد من الرجلين على الصحيح لأنه لم يتعين أن يكون الولد لواحد منهما بل يجوز عندنا ان يكون لهما فليس مما نحن فيه .

(القاعدة الخامسة عشر)

اذا استصحبتنا أصلا واعملنا ظاهرا في طهارة شيء أو حمله أو حرمة وكان لازم ذلك تغير أصل آخر يجب استصحابه او ترك العمل بظاهر آخر يجب اعماله لم يلتفت الى ذلك اللازم على الصحيح ، ولذلك صور :

(منها) اذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللا وقلنا لا يلزمه الغسل على ما سبق فيما اذا تقدم منه سبب المذى فلا يلزمه أيضا غسل ثوبه بحيث نقول انما سقط عنه الغسل لحكمنا بأن البلل مذى بل نقول في ثوبه الأصل طهارته فلا ينجس بالشك ، والأصل طهارة بدنه فلا يلزمه الغسل بالشك فيبقى في كل منهما على أصله ، ذكره ابن عقيل في فتونه عن الشريف أبي جعفر وينبغي على هذا التقدير أن لا تجوز له الصلاة قبل الاغتسال في ذلك الثوب قبل غسله لأننا نتيقن وجود المفسد للصلاة لا محالة

(ومنها) اذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى وشك هل مسح على الخف قبل الصلاة او بعدها وقلنا ابتداء المدة من المسح جعلنا ابتداءها قبل الصلاة وأوجبنا إعادة الصلاة لأن الأصل وجوب غسل الرجلين والأصل بقاء الصلاة في الذمة (ومنها) اذ رمى حيوانا ما كولا بسهم ولم يوحه فوقه في ماء يسير فوجده ميتا فيه فان الحيوان لا يباح خشية ان يكون الماء أعان على قتله والأصل تحريمه حتى يتيقن وجود السبب المبيح له ولا يلزم من ذلك نجاسة الماء أيضا لحكمنا على الصيد بأنه ميتة ، بل يستصحب في الماء اصل الطهارة فلا ينجسه بالشك ذكره ابن عقيل في فصوله (ومنها) لو قال لامرأته في غضب اعتدى وظهرت منه قرائن تدل على ارادته التحريض بالقذف أو فسرره بالقذف فانه يقع به الطلاق لأنه كناية اقترن بها غضب وهل يحد معها ذكر ابن عقيل في المفردات احتمالين (أحدهما) وبه جزم في عمدة الأدلة انه يحد ، لأنهما حقان عليه فلا يصدق فيما يسقط واحدا منهما (والثاني) لا يحد لأنه لو كان قذفا لم يكن طلاقا لتنافيهما ومن هذه القاعدة الأحكام التي يثبت بعضها دون بعض كارت الذي أقر بنسبه من لا يثبت النسب بقوله والحكم بالحق النسب في مواضع كثيرة لا يثبت فيها لوازمه المشكوك فيها من بلوغ أحد أبويه واستقرار المهر أو ثبوت العدة والرجعة أو الحد أو ثبوت الوصية له أو الميراث وهي مسائل كثيرة .

(القاعدة السادسة عشر)

اذا كان الواجب بدلا (١) فتعذر الوصول الى الأصل حالة الوجوب ، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقا مستقرا بحيث لا يعود الى الأصل عند وجوده للسائلة صور عديدة :

(منها) هدى المتعة اذا عدمه ووجب الصيام عليه ثم وجد الهدى قبل الشروع فيه ، فهل يجب

عليه الانتقال أم لا ينبغي على أن الاعتبار في الكفارات بحال الوجوب أو بحال الفعل وفيه روايتان فان قلنا بحال الوجوب صار الصوم أصلا لا بدلا وعلى هذا فهل يجزئه فعل الأصل وهو الهدى المشهور أنه يجزئه لأنه الأصل في الجملة وإنما سقط رخصة، وحكى القاضى فى شرح المذهب عن ابن حامد أنه لا يجزئه (ومنها) كفارة الظهار واليمين ونحوهما والحكم فيهما كهدى المتعة (ومنها) اذا أتلف شيئا له مثل وتعذر وجود المثل وحكم الحاكم بأداء القيمة ثم وجد المثل قبل الأداء وجب أداء المثل ذكره الأصحاب لأنه قدر على الأصل قبل أداء البدل فيلزمه كما إذا (١) وجد الماء قبل الصلاة، وينبى أن يحمل كلامهم على ما اذا قدر على المثل عند الاتلاف ثم عدمه إما أن عدمه ابتداء فلا يبعد أن يخرج في وجوب أداء المثل خلاف، وأما التيمم فلا يشبه ما نحن فيه لأنه لو وجد الماء بعد فراغه منه لبطل ووجب استعمال الماء بنص الشارع وهاهنا لو أدى القيمة لبرى ولم يلزمه أداء المثل بعد وجوده، وقال فى التلخيص على الأظهر وهو يشعر بخلاف فيه (ومنها) لو جعل الإمام لمن دله على حصن جارية من أهله فأسلمت بعد الفتح أو قبله وكانت أمة فإنه يجب له قيمتها اذا كان كافرا لأنه تعذر تسليم عينها إليه فوجب له البدل فان أسلم بعد إسلامها، فهل يعود حقه الى عينها فيه، لأصحابنا وجهان: أحدهما لا يعود لأن حقه استقر فى القيمة فلا ينتقل الى غيرها والثانى بلى لأنه إنما انتقل الى القيمة لما منع وقد زال فيعود حقه اليها (ومنها) لو أصدقها شجرا فأثمرت ثم طلقها قبل الدخول وامتنعت من دفع نصف الثمرة مع الأصل تعينت له القيمة فان قال أنا أرجع فى نصف الشجرة وأترك الثمرة عليها أو أترك الرجوع حتى تجدى ثمرة (٢) ثم أرجع فيه ففيه وجهان حكاهما القاضى وغيره (أحدهما) لا يجبر على قبول ذلك وهو الذى ذكره ابن عقيل لأن الحق قد انتقل من العين فلم يعد اليها الا بتراضيهما (والثانى) يجبر عليه لأنه لا ضرر عليها فلزمها كما لو جدها ناقصة فرضى بها فعلى هذا الحق باق فى العين لبقائها فى ملكها وكذلك ذكر القاضى فى موضع من المجرد أنه اذا لم يأخذ القيمة حتى قطع الطلع وعاد النخل لما كان أن للزوج الرجوع فى نصفه (ومنها) لو طلقها قبل الدخول وقد باعته الصداق فلم يأخذ نصف قيمته حتى فسخ البيع لعيب. قال الأصحاب: ليس له أخذ نصفه لأن حقه وجب فى القيمة ولم تكن العين [حينئذ] فى ملكهما ولا يبعد أن يخرج فيه وجه آخر بالرجوع كالتى قبلها وهذا إذا لم نقل إنه يدخل فى ملكه قهرا كالميراث فان قلنا يدخل قهرا عاد حقه الى العين يعودها اليها ولا يقال هذا عاد اليها ملكا جديدا فلا يستحق الرجوع فيه كما لا يستحق الأب الرجوع فيما خرج عن ملك الابن ثم عاد، لأنهم

(١) كما لو: د (٢) الجدة: القطع (٣) ثمرة: د

قالوا لو عاد اليها قبل الطلاق لرجع فيه بغير خلاف لأن حقه فيه ثابت بالقرآن . وفي شرح الهداية لأبي البركات ما يدل على عكس ما ذكرنا وهو إنا ان قلنا يدخل نصف المهر في ملك الزوج قهرا فليس له العود الى عينه بحال نظرا الى أن القيمة تقوم مقام العين عند امتناع الرجوع في العين فيملك نصف القيمة قهرا حيثئذ ، ولا ينتقل حقه عنها بعد ذلك (ومنها) لو اشترى عينا ورهنها أو تعلق بها حق شفعة أو جناية ثم أفلس ثم أسقط المرتهن أو الشفيع أو المجنى عليه حقه فالبايع أحق بها من الغرماء لزوال المزاومة على ظاهر كلام القاضي وابن عقيل ، ذكره أبو البركات في شرحه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه أسوة الغرماء .

(القاعدة السابعة عشر)

إذا تقابل عملان أحدهما ذو شرف في نفسه ورفعة وهو واحد، والآخر ذو تعدد في نفسه وكثرة ، فأيهما يرجح . ظاهر كلام أحمد ترجيح الكثرة ولذلك صور :

(أحدها) إذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة أربع ركعات في زمن واحد فالمشهور أن الكثرة أفضل ، وحكى عن أحمد رواية أخرى بالعكس وحكى عنه رواية ثالثة بالتسوية (والثانية) أهدى (١) بدنة سميئة بعشرة وبدنتين بعشرة أو بأقل قال ابن منصور قلت لأحمد بدنتان سميئتان بتسعة وبدنة بعشرة قال ثنتان أعجب الى . ورجح الشيخ تقي الدين تفضيل البدنة السميئة ، وفي سنن أبي داود حديث يدل عليه (والثالثة) رجل قرأ بتدبر وتفكر سورة وآخر قرأ في تلك المدة سورة عديدة سردا . قال أحمد في رواية جعفر بن أحمد بن أبي قتيار وسئل أيما أحب اليك الترسل أو الإسراع ، قال : أليس قد جاء بكل حرف كذا وكذا حسنة ؟ قالوا له : في السرعة ؟ قال : إذا صور الحرف بلسانه ولم يسقط من الهجاء ، وهذا ظاهر في ترجيح الكثرة على التدبر ، ونقل عنه حرب أنه كره السرعة إلا أن يكون لسانه كذلك لا يقدر أن يترسل ، وحمل القاضي الكراهة على ما إذا لم يبين الحروف ، نقل عنه مثني بن جامع في رجل أكل فشبع وأكثر الصلاة والصيام ورجل أقل الأكل فقلت نوافله وكان أكثر فكرة (٢) أيهما أفضل فذكر ما جاء في الفكر : تفكر ساعة خير من قيام ليلة قال فرأيت هذا عنده أكثر يعني الفكر ، وهذا يدل على تفضيل قراءة التفكر على السرعة ، وهو اختيار الشيخ تقي الدين وهو المنصوص صريحا عن الصحابة والتابعين (والرابعة) رجلان أحدهما ارتاضت نفسه على الطاعة وانشرفت

(١) أهداء : د (٢) أكثر فكرة : د

بها وتنعمت وبادرت اليها طوعية ومحبة ، والآخر يجاهد نفسه على تلك الطاعات ويكرهها عليها
 أيهما أفضل قال الحلال كتب الى يوسف بن عبد الله الاسكافي حدثنا الحسن بن علي بن
 الحسن انه سأل أبا عبد الله عن الرجل يشرع له وجهه بر فيحمل نفسه على الكراهة وآخر
 يشرع له فيسر بذلك ، فأيهما أفضل قال ألم تسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول من تعلم
 القرآن وهو كبير يشق عليه فله أجران ، وهذا ظاهر في ترجيح المكروه نفسه لأن له عملين
 جهاداً وطاعة أخرى ، ولذلك كان له أجران ، وهذا قول ابن عطاء وطائفة من الصوفية من
 أصحاب أبي سليمان الداراني ، وعند الجنيد وجماعة من عباد البصرة أن الباذل لذلك طوعاً
 ومحبة أفضل وهو اختيار الشيخ تقي الدين لأن مقامه في طمأنينة النفس أفضل من أعمال
 متعددة ولأنه من أرباب المنازل والمقامات والآخر من أرباب السلوك والبدايات ، فمثلهما
 كمثل رجل (١) مقيم بمكة يشتغل بالطواف والآخر يقطع المفاوز والقفار في السير الى مكة
 فعمله أشق والأول أفضل والله أعلم (والخامسة) تعارض عتق رقبة نفيسة بمال وعتق رقاب متعددة
 بذلك المال ، قال القاضي وابن عقيل الرقاب أفضل وفيه أيضاً نظرو قد كان طائفة من السلف كابن
 عمر والربيع بن خثيم يستحبون الصدقة بما يشتهون من الأطعمة. وإن كان المسكين ينتفع بقيمته
 أكثر ، عملاً بقوله (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) وهذا في العتق أولى مع قول النبي صلى
 الله عليه وسلم (خير الرقاب أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمنها) والله أعلم

(القاعسة الثامنة عشر)

إذا اجتمعت عبادتان من جنس في وقت واحد ليست احدهما [مفعولة] على جهة القضاء.
 ولا على طريق التبعية للآخرى في الوقت تداخلت أفعالهما ، واكتفى فيهما بفعل واحد وهو
 على ضربين :

(أحدهما) أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان [جميعاً] يشترط أن ينويهما جميعاً (٢) على
 المشهور ومن أمثلة ذلك من عليه حدثان أصغروا كبر فالذهب أنه يكفيه أفعال الطهارة الكبرى
 إذا نوى الطهارتين [جميعاً] بها وعنه لا يجزئه عن الأصغر حتى يأتي بالوضوء واختار أبو بكر
 أنه يجزئه عنهما إذا أتى بخصائص الوضوء من الترتيب والمواالات وإلا فلا ، وجزم به صاحب
 المبهج ولو كان عادماً للماء فتيماً تيمماً واحداً ينوي به الحدثين اجزأه عنهما بغير خلاف

(١) رجلين أحدهما مقيم : د (٢) معاً : د

ونص عليه أحد في رواية منها (ومنها) القارن اذا نوى الحج والعمرة كفاه لها طواف واحد وسعى واحد على المذهب الصحيح وعنه لا بد من طوافين وسعيين كالمفرد ، والقاضى وابو الخطاب في خلافيهما حكيا هذه الرواية على وجه آخر ، وهو أنه لا تجزئه العمرة الداخلة في ضمن الحج عن عمرة الاسلام بل عليه أن يأتى بعمرة مفردة باحرام مفرد لها (ومنها) اذا نذر الحج من عليه حج الفرض ثم حج حجة الاسلام فهل يجزئه عن فرضه ونذره على روايتين . (احدهما) يجزئه عنهما نص عليه أحد في رواية أبى طالب ونقله عن ابن عباس وهى اختيار أبى حفص (والثانية) لا يجزئه نقلها ابن منصور وعبد الله وهى المشهورة . وقد حمل بعض الأصحاب كأبى الحسين فى التمام الرواية الأولى على صحة وقوع النذر قبل الفرض وفرضهما فيما اذا نوى النذر أنه يجزئه عنه وتبقى عليه حجة الاسلام ولا يصح ذلك (ومنها) اذا نذر صوم شهر يقدم فيه فلان فقدم فى أول رمضان ، هل يجزئه رمضان عن فرضه ونذره على روايتين أشهرهما عند الأصحاب لا يجزئه عنهما والثانية يجزئه عنهما نقلها المروذى وصرح بها الخرقى فى كتابه وحملها المتأخرون على أن نذره لم يتعد لمصادفته رمضان ولا يخفى فساد هذا التأويل وعلى رواية الاجزاء فقال صاحب المغنى لا بد أن ينويه عن فرضه ونذره وقال الشيخ محمد الدين لا يحتاج الى نية النذر ، قال وهو ظاهر كلام الخرقى وأحمد لأننا نقدره كأنه نذر هذا القدر منجزاً عند القدوم فجعله كالنذر لصوم رمضان لجهة الفرضية وفيه بعد ، ولو نذر صوم شهر مطلق فصام رمضان ينويه عنهما فانه يخرج على مسألة الحج ، ذكره ابن الزاغونى وغيره (ومنها) لو نذر الصدقة بنصاب من المال وقت حلول الحول ، فهل تجب فيه الزكاة على وجهين ، وعلى القول بالوجوب فهل تجزيه الصدقة عن النذر والزكاة اذا نواهما على وجهين واختيار صاحب المغنى الاجزاء وخالفه صاحب شرح الهداية (ومنها) لو طاف عند خروجه من مكة طوافاً ينوى به الزيارة والوداع ، فقال الخرقى فى شرح المختصر وصاحب المغنى فى كتاب الصلاة يجزئه عنهما . ويتخرج فيه خلاف من المسألة التى بعدها (ومنها) لو أدرك الامام راكعاً فكبر | تكبيرة ينوى بها | تكبير الاحرام والركوع فهل يجزئه على وجهين حكاهما أبو الخطاب وغيره واختار | القاضى | عدم الاجزاء للتشريك بين الركن وغيره وأخذ من نص أحمد رحمه الله فيمن رفع رأسه من الركوع وعطس فقال | الحمد لله | (١) ربنا ولك الحمد ينوى به الواجب وسنة الحمد للعاطس أن لا يجزئه ، واختار ابن شاقلا الاجزاء وشبهه بمن أخرج فى الفطرة أكثر من صاع

ولا يصح هذا التشبيه . ومن الأصحاب من قال إن قلنا تكبيرة الركوع سنة أجزأته (١) وحصلت السنة بالنية تبعاً للواجب ، وإن قلنا واجبة لم يصح التشريك وفيه ضعف . وهذه المسألة تدل على أن تكبيرة الركوع تجزئ في حال القيام خلاف ما يقوله المتأخرون .

(والضرب الثاني) أن يحصل له إحدى العبادتين بنيتها ، وتسقط عنه الأخرى ولذلك أمثلة :

(منها) إذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فصلى معهم ، سقطت عنه التحية (ومنها) لو سمع سجدة من سجدة ، فهل يسجد سجدة أم يكتفى بواحدة ، المنصوص في رواية البرزاطي أنه يسجد سجدة ، ويتخرج أنه يكتفى بواحدة ، وقد خرج الأصحاب بالإكتفاء بسجدة الصلاة عن سجدة التلاوة وجهاً فهذا أولى (ومنها) إذا قدم المعتمر مكة فإنه يبدأ بطواف العمرة ويسقط عنه طواف القدوم ، وقياسه إذا أحرم بالحج من مكة ثم قدم [يوم] النحر أنه يجزئه طواف الزيارة عنه والمنصوص ما هنا أنه يطوف قبله للقدوم ، وخالف فيه صاحب المغنى وهو الأصح (ومنها) إذا صلى عقيب الطواف مكتوبة فهل يسقط عنه ركعتا الطواف على روايتين ، قال أبو بكر الأقيس إنها لا تسقط ، ونقل أبو طالب عن أحمد رحمه الله يجزئه ليس هما واجبتين ، ونقل الأثرم عنه أرجو أن يجزئه وهذا قد يشعر بأنه يحصل له بذلك الفرض ركعتا الطواف فيكون من الضرب الأول . لكن لا يعتبر هنا نية ركعتي الطواف . ويشبه هذه الرواية التي حكها أبو حفص البرمكي عن أحمد في الجنب إذا اغتسل بنوى الجنابة وحدها أنه يرتفع حدثه الأصغر تبعاً وهي اختيار الشيخ تقي الدين . وقد يقال المقصود أن يقع عقيب (٢) الطواف صلاة كما أن المقصود أن يقع قبل الإحرام صلاة فأى صلاة وجدت حصلت المقصود (ومنها) لو أخر طواف الزيارة إلى وقت خروجه فطاف فهل يسقط عنه طواف الوداع أم لا على روايتين [ونص في رواية ابن القاسم على سقوطه (ومنها) إذا أدرك الإمام راكعاً فكبر للإحرام فهل تسقط عنه تكبيرة الركوع على روايتين] أيضاً والمنصوص عنه الأجزاء ، وهل يشترط أن ينوي بها تكبيرة الافتتاح أم لا على روايتين نقلهما عنه ابن منصور أحدهما لا يشترط بل يكفي أن يكبر بنية الصلاة وإن لم يستحضر بقلبه أنها تكبيرة الإحرام كما لو أدرك الإمام في القيام . والثانية لا بد أن ينوي بها الافتتاح لأنه قد اجتمع ههنا تكبيرتان فوق الاشتراك فاحتاجت تكبيرة الإحرام إلى نية تميزها بخلاف حال القيام فإنه لم يقع فيه اشتراك (ومنها) إذا اجتمع في يوم عيد وجمعة فأيهما قدم أولاً في الفعل سقط به الثاني ولم يجب حضوره مع الإمام . وفي سقوطه عن الإمام روايتان . وعلى رواية عدم السقوط فيجب أن يحضر معه من تعتقد به تلك

(١) أجزاء : د (٢) عقب : د .

الصلاة ذكره صاحب التلخيص وغيره فتصير الجمعة هنا فرض كفاية تسقط بحضور أربعين (ومنها) إذا اجتمع عقيقة وأضحية فهل تجزئ الأضحية عن العقيقة أم لا، على روايتين منصوصتين. وفي معناه لو اجتمع هدى وأضحية واختار الشيخ تقي الدين أنه لا تضحية بمكة وإنما هو الهدى (ومنها). اجتماع الأسباب التي يجب بها الكفارات وتداخل في الإيمان والحج والصيام والظهار وغيرها. فإذا أخرج كفارة واحدة عن واحد منها معين أجزأه وسقطت سائر الكفارات وإن كان مبهما. فإن كانت من جنس واحد أجزأه أيضا وجها واحداً عند صاحب المحرر. وعند صاحب الترغيب أن فيه وجهين. وإن كانت من جنسين فوجهان في اعتبار نية التعيين وأما الأحداث الموجبة للطهارة من جنس أو جنسين موجبها واحد فيتداخل موجبها بالنية أيضا بغير (١) أشكال وإن نوى أحدهما فالمشهور أنه يرتفع الجميع وينزل ذلك على التداخل كما قلنا في الكفارات أو على أن الحكم الواحد يعلل بعلل مستقلة، وإذا نوى رفع حدث البعض فقد نوى واجبه وهو واحد لا تعدد فيه. وعن أبي بكر لا يرتفع الأماناء قال في كتاب المقنع إذا اجنبت المرأة ثم حاضت يكون الغسل الواحد لهما جميعا إذا نوتهما به. وينزل هذا على أنه لا يعلل الحكم الواحد بعلمين مستقلين بل إذا اجتمعت أسباب موجبة تعددت الأحكام الواجبة بتعدد أسبابها ولم تتداخل وإن كانت جنساً واحداً ورجع صاحب المحرر قول أبي بكر في غسل الجنابة والحيض لأنهما مختلفا الأحكام إذ المنع المرتب على الحيض يزيد على المنع المرتب على الجنابة لأنهما مختلفا الأجناس بخلاف غيرهما فهما كالجنسين وغيرهما كالجنس الواحد. ومن الأصحاب من قال إن نوت رفع حدث الحيض ارتفعت الجنابة الدخول موانعها فيه ولا عكس.

(القاعدة التاسعة عشر)

امكان الأداء ليس بشرط في استقرار الواجبات بالشرع في الذمة على ظاهر المذهب ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) الطهارة فإذا وصل آدم الماء إلى الماء وقد ضاق الوقت فعليه أن يتطهر ويصلي بعد الوقت ذكره صاحب المغنى. وخالفه صاحب المحرر وقال يصلي بالنيم وهو ظاهر كلام أحد في رواية صالح (ومنها) الصلاة فإذا طرأ على المكلف ما يسقط تكليفه بعد الوقت وقبل التمكن من الفعل فعليه القضاء في المشهور. وقال ابن بطة وابن أبي موسى لا قضاء عليه (ومنها) الزكاة فإذا

تلف النصاب قبل التمكن من الأداء فعليه أداء زكاته على المشهور إلا المعشرات إذا تلفت بآفة سماوية لكونها لم تدخل تحت يده فهي كالدين التاوى قبل قبضه وخرج الشيرازى وغيره وجهها بالسقوط مطلقاً (ومنها) الصيام فإذا بلغ الصبي مفطراً في أثناء يوم من رمضان أو أسلم فيه كافر أو طهرت حائض لزمهم القضاء في أصح الروايتين (ومنها) الحج فلا يشترط لثبوته (١) في الذمة التمكن من الأداء على أظهر الروايتين وإنما يشترط للزوم أدائه بنفسه . وأما قضاء العبادات فاعتبر الأصحاب له إمكان الأداء فقالوا فيمن أخر قضاء رمضان لعذر ثم مات قبل زواله أنه لا يطعم عنه وإن مات بعد زواله والتمكن من القضاء اطعم عنه . وأما [قضاء] المنذورات ففي اشتراط من الأداء وجهان فلو نذر صياماً أو حجاً ثم مات قبل التمكن منه فهل يقضى [عنه] على الوجهين وعلى القول بالقضاء فهل يقضى الصيام الفائت بالمرض خاصة أو الفائت بالمرض والموت أيضاً على وجهين .

(القاعدة العشرون)

النماء المتولد من العين حكمه حكم الجزء ، والمتولد من الكسب بخلافه على الصحيح . ويظهر اثر ذلك في مسائل :

(منها) لو كان عنده دون نصاب فمكمل نصاباً بنتاجه فهل يحسب حوله من حين كمل كما لو كان التاج من غيره أو من حين ملك الأمهات لأن التاج جزء من الأمهات فهو موجود فيها بالقوة من أول الحول . في المسألة روايتان . وأو كان له مائة وخمسون ذرهما فاتجر بها حتى صارت مائتين فحولها من حين كمل بغير خلاف لأن الكسب يتولد من خارج وهو رغبات الناس لا من نفس العين (ومنها) لو عجل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده فهل يحجزه . فيه ثلاثة أوجه ثالثها يفرق بين أن يكون النماء نصاباً فلا يجوز (٢) لاستقلاله بنفسه في الوجوب وبين أن يكون دون نصاب فيجوز (٣) لتبعيته للنصاب في الوجوب ، ويتخرج فيه وجه رابع بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشية أو ربح تجارة فيجوز في الأول دون الثاني من المسألة التي قبلها (ومنها) لو اشترى شيئاً فاستغله ونما عنده ثم رده بعيب فإن كان نماءه ~~كسباً~~ لم يردعه معه قال كثير من الأصحاب بغير خلاف وإن كان متولداً من عينه كالولد واللبن والصوف الحادث وثمره الشجر فهل يردعه معه فيه روايتان معروفتان (ومنها) لو قارض المريض في مرض الموت

(١) لثبوت وجوبه : د (٢) فلا يحجز : د

وسمى للعامل أكثر من تسمية مثله صبح ولم يحتسب من الثلث ولو ساقى وسمى للعامل أكثر من تسمية المثل فوجهان أشهرهما أنه يعتبر من الثلث لحدوث الثمر من عين ملكه (ومنها) لو فسخ العامل (١) المضاربة قبل ظهور الربح لم يستحق المضارب شيئاً، ولو نسخ المساواة قبل ظهور الثمرة استحق العامل أجرة المثل لأن الربح لا يتولد من المال بنفسه وإنما يتولد من العدل ولم يحصل بعمله ربح والثمر متولد من عين الشجر وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ (ومنها) أن المشاركة بين اثنين بمال أحدهما وعمل الآخر إن كان المشاركة فيما ينمو من العمل كالربح جازاً للمضاربة، وكمن دفع دابته (٢) أو عبده إلى من يعمل عليه بشيء من كسبه فإنه يجوز على الأصح وإن كانت المشاركة فيما يحدث عين المال كدر الحيوان ونسبه فقيه روايتان. وكثير من الأصحاب يختار فيه المنع لأن العامل لا يثبت حقه في أصل عين المال والمتولد من العين حكمه حكمها ولكن هذا ممنوع عند من أجاز الاستئجار على حصاد الزرع بجزء منه أو على نسج الثوب ببعضه. وذلك منصوص عن أحمد أيضاً. واستثنى من ذلك أبو الخطاب في اتصاره ثمر الشجر فإذا عمل الشريك في شجر بينهما نصفين وشرطاً التفاضل في ثمره جاز [عنده] وفرق بين الثمر وغيره بما يتولد من عين المال بأن العمل تأثيراً في حصول الثمر بخلاف غيره. ولهذا المعنى جازت المساواة فأما الإجارة المحضة فيجوز فيما ينتفع باستغلاله وإجارته من العقار وغيره. ولا يجوز فيما ينتفع بأعيانه إلا فيما استثنى من ذلك للحاجة كالظئر ونحوها. وعند تقى الدين رحمه الله أن الأعيان التي تستخلف شيئاً فشيئاً حكمه حكم المنافع فيجوز استيفائها بعقد الإجارة كما يستوفى بالوقف والوصية.

(القاعدة الحادية والعشرون)

وقد يختص الولد من بين سائر النماء المتولد من العين بأحكام. ويعبر عن ذلك بأن الولد هل هو كالجزء أو كالكسب والأظهر أنه جزء فمن ذلك لو ولدت الأمة الموقوفة ولدا فهل يكون ملكاً للموقوف عليه كثمر الشجرة أو يكون وقفاً معها على وجهين أشهرهما أنه وقف معها لأنه جزء منها ولهذا يصح وقفه ابتداء بخلاف الثمرة (ومنها) لو ولدت الموصى بمنافعها فإن قلنا الولد كسب فكله لصاحب المنفعة وإن قلنا هو جزء فقيه وجهان أحدهما: أنه بمنزلتها. والثاني: أنه للورثة لأن الأجزاء لهم دون المنافع (ومنها) هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة كالصحيحة فإن قلنا

(١) المالك: د (٢) ابنه

هو جزء منها تبعها. وإن قلنا هو كسب فقيه وجهان بناء على سلامة الاكتساب في الكتابة الفاسدة.

(القاعدة الثانية والعشرون)

العين المنغمرة في غيرها إذا لم يظهر أثرها فهل هي كالمعدومة حكما أولا . فيه خلاف وينبني عليه مسائل :
 (منها) الماء الذي استهلك فيه النجاسة فإن كان كثيرا سقط حكمها بغير خلاف ، وإن كان يسيرا فروايتان ثم من الأصحاب من يقول إنما (١) سقط حكمها والا فهي موجودة ومنهم من يقول بل الماء أحالها لأن له قوة الاحالة فلم يبق لها وجود بل الموجود غيرها فهو عين طاهرة وهي طريقة أبي الخطاب (ومنها) اللبن المشوب بالماء المنغمر فيه هل يثبت به تحريم الرضاع فيه وجهان أحدهما وهو المحكى عن القاضي أنه يثبت . والثاني لا واختاره صاحب المغنى وعلى الأول فإنه يحرم إذا شرب الماء كله ولو في دفعات ويكون رخصة واحدة ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو خلط خمرًا بماء واستهلك فيه ثم شربه لم يحد هذا هو المشهور ، وسواء قيل بنجاسة الماء أولا . وفي التنبيه لأبي بكر عبد العزيز من لت بالخمر سويقًا أو صبها في لبن أو ماء جار ثم شربها فعليه الحد ، ولم يفرق بين أن يستهلك أو لا يستهلك (ومنها) لو خلط زيت به زيت غيره على وجه لا يتميز فهل هو استهلاك بحيث يجب لصاحبه عوضه من أى موضع كان أو هو اشتراك . في المسألة روايتان المنصوص في رواية عبد الله وأبي الحارث أنه اشتراك واختاره ابن حامد والقاضي في خلافه واختار في المجرد أنه استهلاك . وأما إن كان المختلط غصبا فقال في رواية أبي طالب هذا قد اختلط أوله وآخره أعجب إلى أن يتنزه عنه كله يتصدق به وإنكر قول من قال يخرج منه قدر ما خالطه . واختار ابن عقيل في فتونه التحريم لامتزاج الحلال بالحرام واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر وعلى هذا فليس له اخراج قدر الحرام منه بدون إذن المنصوب منه لأنها قسمة فلا يجوز بدون رضا الشريكين . لكن لأصحابنا وجه في المكيل والموزون المشترك أن لأحد الشريكين الانفراد بالقسمة دون الآخر وهو اختيار أبي الخطاب وصح عليه أحمد في الدراهم ، ومنعه القاضي لكنه قال في خلافه إن كان الحق في القدر المختلط لأدمى معين لم تجز القسمة بدون أذنه وإن كان لغير معين كالذي انقطع خبر مالكه ووجب التصديق به ، فللمالك الاستبداد بالقسمة لأن له ولاية التصرف فيه بالصدقة ، وهذا كله بناء على أنه اشتراك . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه استهلاك قال في رواية المروذي يخرج العوض منه وهذا يحتمل أنه أراد [أن] يخرج بدله عوضا منه وكذا ساقه

المروذي في كتاب الورع له ان أحمد قال يعطى العوض ولم يقل منه وان كان أراد انه يخرج العوض من نفس المختلط فهو بناء على أنه شركة وان له الاستبداد بقسمة ذلك (ومنها) لو وصى له برطل من زيت معين ثم خلطه بزيت [آخر] فان قلنا هو اشتراك لم تبطل الوصية وإن قلنا هو استهلاك بطلت (ومنها) لو حلف لا يأكل شيئاً فاستهلك في غيره ثم أكله قال الأصحاب لا يحنث ولم يخرجوا فيه خلافاً لأنه مبني (١) على العرف ولم يقصد الامتناع من مثل ذلك وقد يخرج فيه وجه بالحنث وقد أشار إليه أبو الخطاب كما سذكره، وهذا كله في المائعات والأدقة (٢) ونحوها بما يختلط ببعض أجزائه ببعض ، فأما الحبوب والدرهم ونحوها فمن الأصحاب من قال حكمها حكم المائعات فيما سبق وفرعوا على ذلك مسائل :

[منها] لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى اختلطت بغيرها ولم تتميز فهل يفسخ البيع على وجهين اختار القاضى في خلافه الانفساخ وفي المجرد عدمه (ومنها) لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيراً فيه حبات حنطة ففى حنثه وجهان ذكرهما أبو الخطاب وغلطه صاحب الترغيب وقال يحنث بلا خلاف لأن الحب متميز لم يستهلك بخلاف ما لو طحنت الحنطة بما فيها فاستهلك فإنه لا يحنث (ومنها) لو اختلطت دراهمه بدراهم مغصوبة فالمنصوص عن أحمد في رواية المروذي إن كانت الدراهم قليلة كثلاثة فيها درهم حرام وجب التوقف عنها حتى يعلم وإن كانت كثيرة كثلثين فيها درهم حرام فإنه يخرج منها درهما [واحداً] ويتصرف في الباقي وله نصوص كثيرة في هذا المعنى وعلل بأن الكثير يجهف بماله إخراجاً وأنكر على من قال يخرج هذا قدر الحرم من القليل كالثلاثة إنكاراً [شديداً] وأما القاضى فتأول كلامه على الاستحباب لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل . قال والواجب في الجميع إخراج قدر الحرام ، وكذلك (٣) ذكر ابن عقيل [في فصوله] (٤) وخالف في الفنون وقال يحرم الجميع (ومنها) لو خلط الوديعة وهي دراهم بماله ولم تتميز فالمشهور الضمان لعدوانه حيث فوت تحصيلها (٥) وعنه رواية أخرى لا ضمان عليه لأن النقود لا تتعلق الغرض بأعيانها بل بمقدارها وربما كان خلطها [مع ماله] أحفظ لها وعلى هذه الرواية فإذا تلف بعض المختلط بغير عدوان جعل التالف كله من ماله وجعل الباقي من الوديعة نص عليه لأن هذه الأصل أمانة (٦) بقاؤها ووجوب تسليمها ولم يتيقن زوال ذلك ولهذا قلنا لو مات وعنده وديعة وجهل بقاؤها أنها تكون ديناً على التركة

(١) لأن مبنى الإيمان : د (٢) يريد بالأدقة المدققات (٣) ولذلك (٤) تقطيع بالأصل

(٥) تخليصها : د (٦) أمانة الأصل : د

وتأول القاضى وابن عقيل كلام احمد رحمه الله فى الضمان هنا على أن الخلط كان عدوانا وهذا يدل على أنه لاضمان عندهما الامع التعدى ولو اختلطت الوديعة بغير فعله ثم ضاع البعض جعل من مال المودع فى ظاهر كلام احمد ذكره ابو البركات ابن تيمية فى شرح الهداية وقد تقدم ان القاضى ذكر فى الخلاف انهما يصيران شريكين قال ابو البركات ولا يبعد على هذا ان يكون الهالك منهما وذكر القاضى أيضا فى بعض تعاليقه فيمن معه دينار أمانة لغيره فسقط منه مع دينار له فى رضى فدارت عليهما حتى نقصا وكان نقص احدهما اكثر من نقص الآخر ولم يدر ايهما له انه يحتاط فيدفع الى صاحب الأمانة ما يغاب على ظنه أنه قدر حقه فان ادعى ان الثقل له فالقول قوله فى الظاهر لأن يده عليه والله اعلم .

(القاعـدة الثالثة والعشرون)

من حرم عليه الامتناع من بدل شيء سئل فامتنع فهل يسقط اذنه بالكلية أو يعتبر ويجبره الحاكم عليه هذا نوعان :

(أحدهما) أن يكون المطلوب منه إذناً مجرداً ويندرج تحته صور :

(منها) وضع الخشب على جدار جاره اذا لم يضربه وقد نص أحمد على عدم اعتبار اذنه فى ذلك وفى التلخيص أنه يجبر عليه إن أباه (ومنها) حج الزوجة الفرض ونص أحمد فى رواية صالح على أنها لا تجب الا باذنه وأنه ليس له منعها فعلى هذا يجبر على الاذن لها ونقل ابن ابي موسى عن أحمد أن استئذنها له مستحب ليس بواجب (ومنها) اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد فهل يتوقف على اذن السيد ، حكى الأصحاب فيه روايتين : إحداهما لا تجب على العبد حتى يأذن له السيد . والثانية تجب بدون اذنه ويستحب له استئذانه فان أذن له والا خالفه وذهب (ومنها) أخذ فاضل السكلا والماء من أرضه هل يقف جواز الدخول الى الأرض على اذنه أم يجوز بدون اذنه على وجهين ونص أحمد على جواز الرعى فى الأرض المغصوبة يدل على عدم اعتبار الاذن فى ذلك ومن الأصحاب من قال الخلاف فى غير المحوط [فاما المحوط] فلا يجوز دخوله بغير اذن بغير خلاف قال ومتى تعذر الاستئذان لغية المالك أو غيرها أو استأذن فلم يأذن سقط اذنه كما فى الولى فى النكاح ونقل مثنى الأبارى عن احمد ما يشعر بالفرق بين الدخول للماء والكلا فيتعين الاستئذان للدخول للكلا دون الماء (ومنها) بذل الضيافة الواجبة اذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله ولا يعتبر اذنه فى أصح الروايتين نقلها على بن سعيد عن أحمد ونقل عنه حنبل لا يأخذ الا بعلمهم ويطالبهم

بقدر حقه (ومنها) نفقة الزوجة الواجبة (ومنها) الطعام الذي يضطر إليه غيره فإنه يلزمه بذله له بقيمته فإن أبي فللبضطر أخذه قهراً وإنما سقط اعتبار الاذن في هذه الصور لأن اعتباره يؤدي الى مشقة وخرج وربما أدى الى فوات الحق بالكلية

(النوع الثاني) أن يكون المطلوب منه تصرفاً لعقد أو فسخ أو غيرهما ويندرج تحته صور :

(منها) اذا طلب منه القسمة التي تلزمه الاجابة اليها والأصحاب يقولون يجبر على ذلك فان كان المشترك مثلياً وهو المكيل والموزون وامتنع أحد الشريكين من الاذن في القسمة أو غاب فهل يجوز للشريك الآخر أخذ قدر حقه منه بدون اذن الحاكم على وجهين (احدهما) الجواز وهو قول أبي الخطاب (والثاني) المنع وهو قول القاضي لأن القسمة مختلف في كونها بيعاً واذن الحاكم يرفع النزاع (ومنها) اذا امتنع من بيع الرهن فان الحاكم يجبره عليه ويحبسه فان أصر باع عليه ومن الأصحاب من يقول الحاكم بخير ان شاء أجبره على البيع وان شاء باع عليه وهو المجزوم به في المغنى (ومنها) اذا امتنع من الاتفاق على بهائمه فإنه يجبر على الاتفاق أو البيع كذا أطلقه كثير من الأصحاب، وقال ابن الزاغوني ان أبي باع الحاكم عليه (ومنها) المولى اذا وقف ثم امتنع من الفيتة (١) فإنه يؤمر بالطلاق فان طلق فذاك والا فقيه روايتان (احدهما) يجبر على الطلاق بالحبس والتضييق (والثانية) يطلق الحاكم عليه (ومنها) العنين اذا انقضت مدته وتحقق عجزه وأبي ان يفارق زوجته فرق الحاكم بينهما (ومنها) اذا مثل بعده قال احمد في رواية الميموني يعتقه السلطان عليه وظاهر هذا أنه لا يعتق بمجرد التمثيل ولكن يعتقه السلطان عليه بغير اختيار لأن عتقه صار محتملاً لا محالة كما فعل عمر رضي الله عنه بخلاف طلاق المولى فإنه لو فاء لم يطالب بالطلاق، ويحتمل ان يكون مراده ان السلطان يحكم عليه بوقوع العتق كما هو المعروف في المذهب وفيه بعد (ومنها) الموصى بعتقه اذا امتنع الوارث من اعتاقه أعتقه السلطان عليه (ومنها) اذا اشترى عبداً بشرط العتق وقتلنا يصح على الصحيح فابي ان يعتقه فقيه وجهان وقيل روايتان (احدهما) ونص عليها احمد في رواية الاثرم ان للبائع الفسخ بناء على أنه حق له (والثاني) أنه يجبر المشتري على عتقه بناء على أنه حق لله [تعالى فعلى] هذا اذا امتنع واصر توجه ان يعتقه الحاكم عليه (ومنها) الحوالة على الملى هل يعتبر لبراءة المحيل رضا المحال فان أبي أجبره الحاكم عليه لأن احتياله (٢) على الملى واجب عندنا أو يبرأ بمجرد الحوالة فيه عن احمد روايتان حكاهما القاضي في خلافه وطائفة من الأصحاب ومبناهما على ان الحوالة هل هي نقل

(١) يريد بالمولى هنا الذي حلف لا يطأ زوجته أربعة أشهر أو أكثر والفيتة الرجوع (٢) كذا بالأصل

للحق أو تقييض فان قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول . وان كانت تقييضا فلا بد من القبض بالقول وهو قولها فيجبر المحتال عليه (ومنها) الولي في النكاح اذا امتنع من التزويج قبل يسقط حقه وينتقل الى غيره ممن هو أبعد منه أولا فيقوم الحاكم مقامه على روايتين (ومنها) اذا أسلم على أكثر من أربعة وأبى أن يختار منهن أجبره الحاكم على الاختيار وعززه مرة بعد أخرى حتى يختار . ولم يختتر له اذا الاختيار موكول الى شهوته وغرضه لا غير [(ومنها) الكتابة اذا أوجبتها بسؤال العبد فأبى السيد أجبره الحاكم عليها] (ومنها) اذا اتاه الغريم بدينه الذي يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه . قال في المغنى يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته . ولو أتاه الكفيل بالغريم فأبى أن يتسلمه فقال في المغنى يشهد على امتناعه ويبرأ لوجود الاحضار . وذكر عن القاضي أنه يرفعه الى الحاكم أولا ليسلمه اليه فان تعذر أشهد على امتناعه .

(القاعدة الرابعة والعشرون)

من تعلق بماله حق واجب عليه فبادر الى نقل الملك عنه صح ، ثم ان كان الحق متعلقا بالمال نفسه لم يسقط . وان كان متعلقا بمالكة لمعنى زال بانتقاله عنه سقط ، وان كان لا يزول بانتقاله لم يسقط على الأصح ، ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) لو بادر الغال قبل احراق رحله وباعه فقيه وجهان حكاهما في المغنى (احدهما) يصح لأن ملكه باق لم يزل ويسقط التحريق لا انتقاله عنه فهو كما لو مات وانتقل الى وارثه (والثاني) ينسخ البيع ويحرق لأن حق التحريق سبق وقد تعلق بهذا المال عقوبة لمالكة على جريمته السابقة (ومنها) لو باع المشتري الشقص المشفوع قبل المطالبة بالشفعة فقيه وجهان (احدهما) ان البيع باطل لأن ملكه غير تام وهو ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه (والثاني) ان البيع صحيح وهو قول الخرقى المشهور في المذهب لأن اخذ الشفيع من المشتري الثاني ممكن فان اختار ذلك فعل وإلا فسخ البيع الثاني وأخذ من الأول لسبق حقه عليه (ومنها) لو أمر الذمي بهدم بنائه العالي فبادر وباع من مسلم صح وسقط الهدم لزوال علته فانه لم يجب الهدم إلا لازالة ضرر استدامة تعلية الذمي لاعتقوبة للتعلية الماضية وقد زال الضرر بانتقاله الى المسلم فهو كما لو بادر المالك واسلم فان الهدم يسقط بلا تردد (ومنها) لو مال جداره الى ملك جاره فطولب هدمه فباع داره صح وهل يسقط

(١) ما بين المربعين عن نسختي الدار

الضمان عنه بالسقوط بعد ذلك على رواية التضمنين أم لا . قال القاضي يسقط لأن الوقوع في غير ملكه وقال ابن عقيل ان قصد بيعه القرار من المطالبة بهدمه لم يسقط الضمان لان عقاد سببه في ملكه كما لو باع سهما بعد خروجه من كبد القوس فان عليه ضمان ما يتلفه قال وكذا لو باع فخاً أو شبكة منصوبتين فوق فيهما صيد في الحرم أو مملوك للغير لم يسقط عنه ضمانه . والظاهر ان القاضي لا يخالف في هذه الصور فانه قال فيما اذا أخرج جناحاً أو ميزاباً الى الطريق ثم باع ملكه بعد المطالبة بازالته ثم سقط فعليه الضمان . لأن خروجه الى غير ملكه حصل بفعله بخلاف ميل الحائط فانه لا فعل له فيه وإنما يلزمه ازالته على وجه ممكن ولا يمكنه نقضه بعد زوال ملكه عنه (ومنها) لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بهذا الشرط فهل يصح أم لا . على وجهين حكاهما الأزجى في نهايته وصحح عدم الصحة لأنه يتسلسل ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة ، كما لو نذر عتق عبد فانه لا يصح بيعه وعندى أن هذا الخلاف مترتب (١) على ان الحق هل هو لله ويجبر عليه ان أباه او للبائع ، فعلى الأول هو كالمندور عتقه وعلى الثاني يسقط الفسخ لزوال الملك وللبائع الرجوع بالأرش فان هذا الشرط ينقص به الثمن عادة ، ويحتمل ان يثبت له الفسخ لسبق حقه (ومنها) لو باع العبد الجاني لزمه افتداؤه فان كان معسراً فسخ البيع تقديماً لحق المجنى عليه لسبقه (ومنها) لو باع الوارث التركة مع استغراقها بالدين (٢) ملتزماً لضمانه ثم عجز عن وفائه فانه يفسخ البيع (ومنها) لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب ثم أعسر فهل يفسخ في قدر الزكاة أم لا ، فيه وجهان مرتبان على ان الزكاة هل كانت متعلقة بعين المال أو بذمة ربه فان قبل بعين المال فسخ البيع لاستيفائها منه والا فلا .

(القاعدة الخامسة والعشرون)

من ثبت له ملك عين بيينة او اقرار فهل يتبعها ما يتصل بها أو تولد منها أم لا . في المسألة خلاف ولها صور :

(منها) أن من ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعها ولد لها فهل يتبعها في الملك اذا ادعاه على وجهين (احدهما) لا وهو الذي ذكره القاضي لأنه لا يتبعها في بيع ولا غيره ويجوز ان يكون ولده قبل ملكه لها (والثاني) واليه ميل ابن عقيل أنه يتبعها لأنه من أجزائها وقد ثبت سبق اليد الحكيمة لليد المشاهدة فتكون مرجحة عليها ، ويشبه هذه المسألة ما اذا ادعى أمة في يد غيره انها أم ولده وان

(١) في نسختنا مرتب (٢) الدين نسختنا

ولدها منه [حر] وأقام بذلك شاهدا وحلف معه أو رجلا وامرأتين ثبتت ملكه عليها وثبتت استيلادها بأقراره وفي الولد روايتان حكاهما أبو الخطاب (احدهما) يثبت نسبه وحرية لكونه من نملها فيتبعها ويكون ثبوت ذلك بالأقرار لا بالبينة (والثانية) لا يثبت النسب ولا الحرية لأنهما لا يثبتان بهذه الشهادة وفيه وجه يثبت النسب دون الحرية وتبقى [صحة] الولد على ملك من كانت بيده بناء على صحة استلحاق نسب العبد كما جزم به صاحب التلخيص (ومنها) لو ثبت له ملك أرض في يد غيره بينة أو أقرار وفيها شجر قائم فهل يتبعها أم لا . يحتمل أن يخرج على وجهين بناء على أن الشجر هل يتبع في البيع أم لا وافق الشيخ تقي الدين رحمه الله أن ما كان متصلا بالأرض من الشجر فيد أهل الأرض ثابتة عليه ما لم تأت حجة تدفع (١) موجب اليد ، مثل أن يكون الغارس قد عرف أنه غرسه بماله وهو ظاهر كلام القاضى وابن عقيل في الرهن فيما إذا اختلف المتراهنان في رهنية الشجر في الأرض المرهونة أن القول قول المالك لأن الاختلاف هنا في عقد واليد لا تدل عليه بخلاف ما لو كان الاختلاف في ملك وصرح صاحب التلخيص بأن ما في دار الإنسان يكون في يده ولو كان منفصلا منقولا ويحتمل تخريج ذلك على الروايتين في ملك المباحات الحاصلة في أرضه بمجرد حصولها في الأرض نظراً إلى أن الأرض هل هي كاليد أم لا فإن قامت البينة أن هذه الشجرة له وعليها ثمر فقال ابن عقيل يحكم له به حتى لو كان الثمر بيد رجل وتبين سبق ملك الشجرة لغيره حكم له بالثمره لثبوت سبق ملكه على اخذ غيره للثمره و[يخرج] فيه وجه آخر كالولد وبه جزم ابن عقيل في كتاب القضاء (ومنها) لو ثبت أن هذا العبد ملك له وهو في يد غيره وعلى العبد ثياب فادعاه من العبد في يده . فقال صاحب الكافي والترغيب هي له لأن يده عليها وهي منفصلة عن العبد ويحتمل وجهين آخرين (احدهما) أن ما يتبع العبد من الثياب في البيع يتبعه هاهنا ومالا فلا (والثاني) أن تطاولت مدة هذه اليد بحيث تبلى فيها ثياب العبد عادة فالقول قول من هي في يده والا فلا الحاقاً لها بالعيب المتنازع في حدوثه عند البائع أو المشتري إذا لم يحتمل الحال إلا قول احدهما وحده (ومنها) لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار المستأجرة فذكر الأصحاب أن ما يتبع في البيع فهو للمؤجر ومالا يتبع أن كانت جرت به العادة في المنازل ففيه خلاف . والمنصوص أنه للمؤجر أيضاً وكذلك الوجهان لو تنازع المؤجر والمستأجر في كنز مدفون في الأرض وهل الحكم مختص بحالة بقاء يد المستأجر أم لا . صرح في التلخيص في مسألة الكنز بأن الخلاف في صورة بقاء الاجارة وانقضائها ، ويشهد له مسألة المال المدفون إذا ادعاه من

كانت الأرض له ووصفه أنه يقبل منه وكذلك حكم اختلاف الزوجين في متاع البيت جاز (١) مع بقاء الزوجية وزوالها في أحد الطريقين للاصحاب (ومنها) لو اقرله بمظروف في ظرف كتمر في جراب أو كسيف في قراب أو فص في خاتم أو رأس أو كارع في شاة أو نوى في تمر فقيه وجهان أشهرهما يكون مقرا بالمظروف دون ظرفه ، وهو قول ابن حامد والقاضي واصحابه لأن الظرف غير مقرب به وإنما هو موصوف به فهو كقوله دابة في اصطبيل والوجه الثاني [هو] مقر بهما والالم يكن ثم فائدة لذلك الظرف . وفرق بعض المتأخرين بين ما يتصل بظرفه عادة أو خلقة فيكون اقراراً به دون ما هو منفصل عنه عادة ويحتمل التفريق بين أن يكون الثاني تابعا للاول فيكون اقراراً به كتمر في جراب أو سيف في قراب وبين أن يكون متبوعا فلا يكون اقراراً به كنوى في تمر ورأس في شاة وأما أن قال خاتم فيه فص وجراب فيه تمر وقراب فيه سيف فقل هو على الوجهين مطلقا وقيل في قوله خاتم فيه فص أنه اقرار بهما جميعا بغير خلاف لأن اطلاق الخاتم يدخل فيه الفص فاذا وصفه بالفص تبين دخوله فيه ولم يجوز اخراجه منه كقوله نعل لها شراك أو شاة عليها صوف أو في ضرعها لبن ونحو ذلك وفي التلخيص لو أقر بخاتم ثم جاء بخاتم فيه فص وقال ما أردت الفص احتمل وجهين أظهرهما دخوله لشمول الاسم قال ولو قال له عندي جارية فهل يدخل الجنين في الاقرار اذا كانت حاملا يحتمل وجهين .

(القاعدة السادسة والعشرون)

من أتلف شيئا لدفع أذاه لم يضمنه وإن اتلفه لدفع أذاه به ضمنه ويتخرج على ذلك مسائل :
 (منها) لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيمة (٢) فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه ولو قتل حيوانا لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو صال عليه صيد في إحرامه وقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه على أصح الوجهين وإن اضطر فقتله في المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ فداه لأن الأذى من غير الشعر ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها أو نزل الشعر على عينيه فأزاله لم يفده (ومنها) لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه ولو سقط عليه متاع غيره فخشى أن يهاك فدفعه فوق في الماء لم يضمنه (ومنها) لو وقعت بيضة نعام من شجرة في الحرم على [عين] إنسان فدفعها فأنكسرت فلا ضمان عليه بخلاف ما لو احتاج إلى أكلها لمخمصة (ومنها) لو فلح شوك الحرم لأذاه لم يضمنه ولو احتاج إلى إيقاد غصن (١) في نسختي الدار : جار . (٢) فيهما : أو بهيم .

شجرة ضمنه ذكره أبو الخطاب وغيره وخالف صاحب المغنى في جواز قطع الشوك للنص الوارد فيه .

﴿ القاعدة السابعة والعشرون ﴾

من أتلف نفسا أو أفسد عبادة لنفع يعود الى نفسه فلا ضمان عليه ، وان كان النفع يعود الى غيره فعليه الضمان .

فمن ذلك الحامل والمرضع اذا أفطرتا خوفا على أنفسهما فلا فدية عليهما ، وان أفطرتا خوفا على وليهما فعليهما الفدية في المشهور عند الأصحاب (ومنها (١)) لو نجى غريقا في رمضان فدخل الماء في حلقه وقتلنا يفطر به فعليه الفدية ، وان حصل له بسبب انقاذه ضعف في نفسه فأفطر فلا فدية عليه كالمريض في قياس المسألة التي قبلها وفي التلخيص بعد ان ذكر الفدية على الحامل والمرضع للخوف على جنينيهما ، وهل يلحق بذلك من افتقر الى الافطار لانقاذ غريق يحتمل وجهين (ومنها) لو دفع صائلا عليه بالقتل لم يضمنه ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه ذكره القاضى وفي الفتاوى الرجيبات عن ابن عقيل وابن الزاغوني لا ضمان عليه ايضا (ومنها) لو أكره على الحلف يمين لحق نفسه فحلف دفعا للظلم عنه لم تعتقد يمينه ولو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره فحلف انعقدت يمينه ذكره القاضى في شرح المذهب وفي الفتاوى الرجيبات عن أبى الخطاب ايضا لا تعتقد وهو الأظهر

﴿ القاعدة الثامنة والعشرون ﴾

اذا حصل التللف من فعلين احدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا على الصحيح ، وان كان من فعلين غير مأذون فيهما فالضمان بينهما نصفين حتى لو كان احدهما من فعل من لا يجب الضمان عليه لم يجب على الآخر اكثر من النصف ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) اذا زاد الامام سوطا في الحد فمات المحدث فعلى ابو بكر في المسألة قولين (احدهما) يجب كمال الدية (والثانى) يجب نصفها والاول هو المشهور وعليه القاضى واصحابه لان المأذون فيه لا اثر له في الضمان وانما الجناية ما زاد عليه فأسند بالضمان اليها (ومنها) لو اقتصر من الجاني ثم جرحه دو أو غيره عدوانا وجب كمال الدية وفيه وجه آخر انه يجب نصفها (ومنها) لو رمى صيدا فأثبتته ولم يوحه ثم رماه آخر رمية خير موحية ومات من الجرحين وجب ضمان

(١) في د : ومنه في كل القاعدة .

الصيد كله مجروحاً بالجرح الأول على الثاني على المشهور من المذهب ، لكن من الأصحاب من يعلله بأن رمى الثاني انفراداً بالعدوان فاستقل بالضمان ومنهم من يعلله بأن رميه كان سبباً للتحريم فلذلك وجب عليه كمال الضمان ويخرج على التعليل الأول وجه آخر بأنه يضمنه بنصف القيمة بما قبلها (ومنها) لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها أو لحمل مقدار معلوم فزاد عليه فتلقت الدابة فإنه يضمنها بكامل القيمة نص عليه في الصورة الأولى وخرج الأصحاب وجهاً آخر بضمان النصف من مسألة الحد وكذلك حكم ما إذا ركب الدابة مع المستأجر غيره فتلقت تحتها (ومنها) إذا اشترك محل ومحرم في جرح صيد ومات من الجرحين فإنه يلزم المحرم ضمانه كاملاً هذا ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور ومهنا وقال القاضي في المجرد مقتضى الفقه عنده أنه يلزمه نصف الجزاء وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في اتلاف النفوس والأموال والفرق واضح إذ الأذن هناك متف ومهنا موجود نعم إن قصد المحل إعاقة المحرم ومساعدته على قتل الصيد توجه ما ذكره القاضي فإنه يكره له ذلك أو يحرم عليه كما إذا باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء [(ومنها) لو اشترك في جرح آدمي مقتص وغيره فهل يجب على شريك المقتص ثل الدية ونصفها على وجهين] (ومنها) لو تزوج امرأة ثم دفعها هو واجنبي فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فنص أحمد في رواية مهنا على أنه يجب على الأجنبي نصف الغرم (١) وهو أرش البكارة وعلى الزوج نصف المهر فقط من غير أرش . ووجه ذلك أن اذهاب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه فيسقط الضمان به ولزم الأجنبي نصف الأرش ، وأما الزوج فأرش البكارة غير مضمون عليه وإنما المضمون عليه المهر ولم يوجد ما يقرره وخرج صاحب المغنى وجهاً آخر أنه يتقرر المهر كله على الزوج بهذا الفعل مع انفراده به ، لأن الأجنبي لو استقل بهذا الفعل للزمه مهر المثل كله على رواية منصوصة نقلها مهنا أيضاً فإذا كان موجباً للمهر ابتداء فلا أن يقرره أولى ولكن في صورة الاشتراك في الفعل غير المأذون فيه إنما يجب على الزوج نصف الضمان نعم يتخرج من هذه الرواية رواية أخرى أن الأجنبي هنا عليه نصف مهر المثل ، واختار ابن عقيل أن الزوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر لأن الزوج إنما يستحق اتلاف البكارة تبعاً لاستيفاء حقه من الوطء فإذا أتلفه على غير هذا الوجه ضمنه كالمستعير إذا أتلف نخل المنشقة مثلاً بغير استعمال فإنه يضمن . وأيضاً فلو وجب لرجل قصاص على آخر في نفسه فقطع بعض أعضائه عدواناً ضمنه لأنه لم يستحق اتلاف بعض أعضائه إلا تبعاً لاتلاف

(١) في نسختي الدار . نصف العقر .

جملته لاستقلالاً . وفيه وجه آخران الارش كله او مهر المثل على الاجنبي لأن الزوج ماذون له في اتلاف هذا الجزء في الجملة فيكون الاجنبي منفرداً بالجناية عليه فيستكمل عليه الضمان (١) [ولو رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر على أحدهم فقتله فهل تجب على الآخرين ثلثا ديته أو كلها على روايتين]

(القاعدة التاسعة والعشرون)

من سومع في مقدار يسير فزاد عليه فهل تنتفى المسامحة في الزيادة وحدها أو في الجميع فيه وجهان والمسألة صور :

(منها) الوكيل في البيع مع الاطلاق يملك البيع بثمان المثل وبدونه بما يتغابن بمثله عادة فاذا باع بما لا يتغابن بمثله عادة فهل يضمن بقية ثمن المثل كله أو القدر الزائد عما يتغابن به عادة على وجهين ورجح ابن عقيل ضمان بقية ثمن المثل كله واستشهد له بالنجاسة الكثيرة في الثوب يجب غسلها ولا يفرد هنا ما يعفى عنه بانفراده وكذلك العمل الكثير في الصلاة فانه لو أفرد منه القدر المعفو عنه بانفراده فقد يصير الباقي يسيراً فيلزم العفو عن الكل وكذلك حكم ضرب الصبي معمله أو المرأة زوجها ضرباً مبرحاً وماتاً ضمن الدية كلها ولو عفى عن القدر المباح بانفراده لم يجب مال الدية وهذه الصورة الأخيرة ترد إلى القاعدة التي قبل هذه حيث كان التلف تولد من ضرب ماذون فيه وغير ماذون فواجب كمال الضمان كما لو زاد على الحد سوطاً فلا دلالة له فيها (ومنها) لو أكل المضحي جميع أضحيته فهل يلزم ضمان ثلثها أو ما يقع عليه الاسم على وجهين ولو تصدق أولاً بما يقع عليه الاسم أجزأه لأن الصدقة بالثلث كله مستحب ليس بواجب على المشهور في المذهب (ومنها) لو تعدى الخارج من السبيل موضع العادة فهل يجب غسل الجميع أو القدر المجاوز لموضع العادة ويجزى الحجر في موضع العادة على وجهين . أشهرهما أن الواجب غسل المتعدى خاصة وهو قول القاضي وربما نسب إلى نص أحمد لأن هذا لا ينسب فيه إلى تقرير وتعد بخلاف الوكيل والمضحي ، والثاني يلزمه غسل الجميع وبه جزم القاضي أبو يعلى الصغير ولم يحك فيه خلافاً (ومنها) لو أدى زكاته إلى واحد وقلنا يجب الأداء إلى ثلاثة فهل يضمن الثلثين وما يقع عليه الاسم على وجهين .

(١) فيتكمّل الضمان عليه : د

(القاعدة الثلاثون)

إذا خرج عن ملكه مال على وجه العبادة ثم طرأ ما يمنع اجزائه والوجوب فهل يعود الى ملكه ام لا فيه خلاف .

(فمن ذلك) اذا أوجب هديا او اضحية عن واجب في ذمته ثم تعينت فانها لا تجزيه وهل يعود المعيب الى ملكه على روايتين (ومنها) اذا عجل الزكاة فدفعها الى الفقير ثم هلك المال فهل يرجع بها ام لا على وجهين (ومنها) لو عجل عن ثلاثين من البقر تبيعا ثم تتجت عشرة قبل الحول وقتلنا لا يجزىء التبيح عن شيء منها فهل يرجع به (١) يخرج على الوجهين .

(القاعدة الحادية والثلاثون)

من شرع في عبادة تلزم بالشروع ثم فسدت فعلية قضاؤها على صفة التي افسدها سواء كانت واجبة في الذمة على تلك الصفة أو دونها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا صلى المسافر خلف مقيم وفسدت صلاته فانه يجب عليه قضاؤها تامة (ومنها) إذا أحرم من بلده ثم افسد نسكه بجماع وجب قضاؤه والاحرام من موضع احرامه أولا نص عليه احمد بخلاف ما اذا أحصر في نسكه ذاك ثم قضاؤه فانه لا يلزمه الاحرام الا من الميقات نص عليه ايضا لأن المحصر فيه لم يلزمه اتمامه (ومنها) إذا عين عما في ذمته من الهدى والاضحية ما هو أزيد صفة من الواجب ثم تلف فان كان تلفه بتفريطه فعليه إبداله بمثله وان كان بغير تفريط فقيه وجهان . حكاهما القاضي في شرح المذهب وجزم صاحب المغنى بأنه لا يلزمه أكثر مما كان في ذمته لأن الزيادة وجبت بتعينه وقد تلفت بغير تفريط فسقطت كما لو عين هديا تطوعا ثم تلف (ومنها) لو نذر اعتكافا في شهر رمضان ثم أفسده فهل يلزمه قضاؤه في مثل تلك الأيام على وجهين . وظاهر كلام أحمد لزومه وهو اختيار ابن أبي موسى لأن في الاعتكاف في هذا الزمن فضيلة لا توجد في غيره فلا يجزىء القضاء في غيره كما لو نذر الاعتكاف في المسجد الحرام ثم أفسده فانه يتعين القضاء فيه ولأن نذر اعتكافه يشتمل على نذر اعتكاف ليلة القدر فتعين لأن غيرها لا يساويها وعلى هذا فنقول لو نذر اعتكاف عشرة أيام فشرع في اعتكافها في أول العشر الاواخر ثم أفسده لزمه قضاؤه في العشر من قابل لأن اعتكاف العشر لزمه بالشروع عن نذره فاذا افسده لزمه قضاؤه على صفة ما أفسده .

(١) في د : فهل يسترجع تخرج الخ .

(القاعدة الثانية والثلاثون)

يصح عندنا استثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدة معلومة ، ويتخرج على ذلك مسائل :
 (منها) المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدة معلومة صح ، وحكى فيه رواية أخرى بعدم الصحة (ومنها) الوقف يصح أن يقف ويستثنى منفعته مدة معلومة أو مدة حياته لأن جهالة المدة هنا لا تؤثر فإنها لا تزيد على جهالة مدة كل بطن بالنسبة إلى من بعده (ومنها) العتق ويصح أن يعتق عبده ويستثنى نفعه مدة معلومة نص عليه لحديث سفيينة وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها لأنه استثنى الانتفاع بالبضع ويملكه بعقد النكاح وجعل العتق عوضاً عنه فانهقد في آن واحد (ومنها) إذا كاتب أمته واستثنى منفعة الوطء فإنه يصح على المذهب المنصوص فإنه إنما نقل بالكتابة عن ملكه منافعها دون رقبته (ومنها) الوصية فيصح أن يوصى برقبة عين لشخص وبنفعها لآخر مطلقاً أو مدة معلومة أو نفعها (١) للورثة (ومنها) الهبة يصح أن يهبه شيئاً ويستثنى نفعه مدة معلومة وبذلك أجاب الشيخ موفق الدين رحمه الله (ومنها) عوض الصداق والخلع والصلح على مال وقياس المذهب صحة استثناء المنفعة فيها .

(القاعدة الثالثة والثلاثون)

الاستثناء الحكمي هل هو كالأستثناء اللفظي أم تغتفر فيه الجهالة بخلاف اللفظي (٢) فيه وجهان والصحيح عند صاحب المغنى الصحة ، وهو قياس المذهب خلافاً للقاضي ويخرج على ذلك مسائل :
 (منها) لو باعه أمة حاملاً بجر وقلنا لا يصح استثناء الحمل لفظاً فهل يصح أم لا على وجهين .
 (ومنها) لو باعه عقاراً تستحق فيه السكنى (٣) الزوجة المعتدة من الوفاة بالحمل فهل يصح قال في المغنى لا ، لأن مدة الحمل مجهولة بخلاف مدة الأشهر ، وقال الشيخ مجد الدين في مسودته على الهداية قياس المذهب صحة البيع وأطلق (ومنها) بيع الدار المؤجرة تصح وسواء علم المشتري بالاجارة أو لم يعلم نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد ، وقال في رواية الميموني ليس له أن يبيعها حتى يبين فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد ، وقيل لأن البيع المطلق يتناول (٤) المنافع وهي الآن ملك لغيره فيشبهه تفريق الصفقة ولكن أحمد إنما أوجب بيان ذلك لأن تركه

(١) في نسختنا يفتقر (٢) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ أو يبقيا : وفي ٧١١ أو بنفقتها (٣) سكنى : د

(٤) وفي نسختنا : تناول .

تدليس وتغدير ، ولم يتعرض للصحة والبطالان ، وسواء علم بمقدار مدة الاجارة أو لم يعلم هذا قياس المذهب ، وقد ذكروا أنه لو اشترى عبدة من طعام فيان تحتها دكة (١) فإن علم بذلك فلا خيار له وإلا فله الخيار ، وعليه بها يفضى الى دخوله على جهالة مقدار الصبرة ولو استثنى بلفظه ذلك لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة مزوجة صح سواء علم بذلك أو لم يعلم وتقع منافع البضع مستثناة في هذا العقد حكماً ، ولو استثناهما في العقد لفظاً لم يصح (ومنها) لو اشترى شجرة [و] عليه ثمر أو أرضاً فيها زرع أو داراً فيها طعام كثير صح ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى الى اوان تفرغه على ما جرت به العادة وذلك بجهول ، ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدة لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة أو عبداً محرماً صح ووقع مدة احرامه مستثنى من البيع ، وسواء علم (٢) بذلك [المشتري] أو لم يعلم نص عليه أحمد مع ان مدة الاحرام لا تنضبط لاسيما بالعمرة قد يقع الابطاء في السير لعائق أو غيره لكن قد يقال ان المسافة معلومة وافعال الذسك معلومة فصار كاستثناء ظهر الدابة الى بلد معين .

(القاعدة الرابعة والثلاثون)

استحقاق منافع العبد بعقد لازم يمنع من سريان العتق اليها كالاستثناء في العقد ، وأولى لأن الاستثناء الحكمي أقوى ، ولهذا يصح بيع العين المؤجرة والأمة المزوجة عند من لا يرى استثناء المنافع في العقد خلافاً للشيخ تقي الدين في قوله يسرى العتق اليها ان لم يستثن ، ويتفرع على هذا مسائل : (منها) اذا عتقت الأمة المزوجة لم تملك منفعة البضع التي هي مورد النكاح وإنما يثبت لها الخيار تحت العبد لأنها كملت تحت ناقص فزالت كفاءته بذلك أو تعبداً غير معقول المعنى . ومن قال بسراية العتق قال قد ملكت بعضها فلم يبق لأحد عليها ملك فصار الخيار لها في المقام مع الزوج أو مفارقه سواء كان حراً أو عبداً وعلى هذا لو استثنى منفعة بعضها للزوج صح ولم تملك الخيار سواء كان زوجها حراً أو عبداً ذكره الشيخ وقال هو مقتضى المذهب ويرد على هذا القول بملكها بعضها انه يلزم منه انفساخ نكاحها حيث لم يبق للزوج ملك عليها . ولا قائل بذلك على أنه يمكن ان يقال عتق بعضها لا يلزم منه ثبوت الخيار لها على الحر لأن حرية البضع لا تنافي استحقاق منفعته بعقد النكاح ابتداءً فالحرية الطارئة به أولى (ومنها) لو اجر عبده مدة ثم اعتقه في أثناءها لم تنفسخ الاجارة على المذهب ، وعند الشيخ تنفسخ الا ان يستثنى في العتق وخرج صاحب المقنع ذلك وجهاً لنا لابتناء على السراية بل بناء على زوال ولاية السيد عن عبده بعتقه فيكون كما لو اجر الولي الصبي مدة

(١) نسختنا : تكة (٢) الاصل : هله .

ثم بلغ في أثائها فانه ينسخ في وجه [وهو ضعيف] فان الولي تنقطع ولايته بالكلية عن الصبي يلوغه رشيدا بخلاف السيد فان له استثناء منفعه بالشرط ، والاستثناء الحكمي اقوى كما تقدم (ومنها) لو اعتق الورثة العبد الموصى بمنفعه صح ولم يسر الى المنافع .

(القاعدة الخامسة والثلاثون)

من ملك منفعة عين بعقد ثم ملك العين بسبب آخر هل ينسخ العقد الاول أم لا هاهنا صورتان :

(احدهما) أن يكون العقد الذي ملك به المنفعة عقدا مؤبدا ، فان لم يكن عقدا معاوضة فلا معنى لانفساخه كالموصى له بمنافع الامة اذا اشتراها فانه يجتمع له ملكها بالعقدين ولا ضرر في هذا (١) فهو كما لو كان ملكه للمنفعة بغير عقد كملك الورثة لمنافع العين الموصى بربقتها اذا اشتروها من الموصى له ، وان كان عقدا معاوضة وهو النكاح انسخ بملك الرقبة ، لانه ملك ضعيف ومختلف في مورده هل هو المنفعة او الانتفاع ويختص بمنفعة البضع ويملك به الاستمتاع بنفسه دون المعاوضة عليه فلا يجتمع مع الملك القوي ، وهو ملك الرقبة [بل يندفع به ولا نقول إنه يدخل ملكه في ملك الرقبة] لأن مالك الرقبة لم يكن مالكا له فكيف يتضمن عقده على الرقبة بملكه (٢) بل نقول قد اجتمع له ملك الرقبة بجميع منافعها بجهة وملك البضع [ملكاً] بجهة أخرى ضعيفة فبطلت خصوصيات الجهة الضعيفة كلها لمصيره مالكا للجميع ملكا تاما وهذا صحيح فانه لا يمكن بعد هذا الملك أن يقال انه يملك الانتفاع بالبضع دون منفعته ولا أنه يملك الانتفاع به بنفسه دون المعاوضة عليه فتعين الغاء خصوصيات عقد النكاح كلها .

(والصورة الثانية) ان يكون العقد المملوك به المنفعة غير مؤبد ، كالاجارة فاذا ملك [العين] بعد ذلك فهل ينسخ ، فيه وجهان ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها ففى انفساخ الاجارة وجهان حكاهما الأصحاب وربما حكى روايتان (أحدهما) ينسخ لأنه ملك (٢) الرقبة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجته (والثاني) لا ينسخ وهو الصحيح وهو اختيار القاضي وابن عقيل والاكثرين لأن المنافع ملكها اولا بجهة الاجارة وخرجت عن ملك المؤجر ، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع وهو العين المسلوقة النفع فصار كما لو اشترى العين الموصى بمنافعها من الورثة واستأجر المنافع من

(١) ذلك : د (٢) ملكه : د (٣) في نسختنا : يملك

مالكه في عقد أو عقدين فإن الاجارة لا تنفسخ بغير خلاف ولا منافاة بين ثبوت البيع والاجارة بخلاف النكاح ، وأيضا فالملك ههنا اقوى من ملك النكاح لأنه يملك الانتفاع والمعاوضة ، ويملك به عموم المنافع فلا تنفسخ بملك الرقبة ، فإن قيل لولم تنفسخ الاجارة لعادت المنافع بعد انقضاء مدتها الى المؤجر لأنه لم يدخل في عقد البيع ، وانما استأجرها مدة مؤقتة بخلاف الزوج لأنه ملك المنفعة ملكا مؤبدا فالجواب أن [البائع باع] (١) ما يملكه من العين ومنافعها التي يستحقها بعد انقضاء مدة الاجارة فانه يملك العقد على المنافع التي تلي العقد والتي تتأخر عنه بالاجارة عندنا فبالبيع أولى ، اما ان كان الاستئجار من غير البائع وكان مالكاً للمنافع المؤبدة فالاجارة باقية وتعود اليه بعد انقضاء المدة بغير تردد ، ولو ملك المستأجر العين بهبة فهو كما لو ملكها بشرط اصرح به الشيخ مجد الدين في مسودته على الهداية فأما ان وهب العين المستعارة من المستعير فانه تبطل العارية وذكره [القاضي وابن عقيل] لأنه عقد غير لازم (ومنها) لو استأجر داراً من أبيه ثم مات الاب وورثها فهل تنفسخ الاجارة فيه وجهان أيضا وخرجها صاحب التلخيص من المسألة التي قبلها والمذهب عند القاضي في الخلاف أنه لا ينفسخ كسواء المستأجر ، وقال في المجردينفسخ وتوجه بأن الملك بالارث قهرى يقتضى تملك مالا يملك مثله بالعقود فجاز أن يملك به المنافع المستأجرة من مستأجرها فتفسخ الاجارة ، وأيضا فقد يبنى هذا على المنافع المستأجرة هل تحدث على ملك المؤجر ثم تنتقل الى ملك المستأجر فان قلنا بذلك فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها اليه . هذا اذا كان ثم وارث سواء لأن فائدة بقاء الاجارة استحقاق بقية الاجرة ، فاذا لم يكن وارث سواء فلا معنى لاستحقاقه العوض على نفسه إلا أن يكون على أبيه دين لغيره وقد مات مقلساً بعد أن أسلفه الاجرة (ومنها) لو اشترى طلعا لم يؤثر في رموس نخله بشرط قطعه ثم اشترى أصله في الحال ، فهل يتخرج انفساخ البيع في الطلع على ما مر من الوجهين لأنه بمنزلة المنفعة لتبعه في البيع أم لا لأنه عين (٢) مستقلة ، فيه تردد والمجزم به في الكافي . انه لا ينفسخ بغير خلاف .

﴿ القاعدة السادسة والثلاثون ﴾

من استأجر عيناً من له ولاية الايجار ثم زالت ولايته قبل انقضاء المدة فهل تنفسخ الاجارة هذا قسمان ؛

(أحدهما) أن تكون إيجارته بولاية محضة فان كان وكيلاً محضاً فالكلام في موكله دونه

(١) الذي في نسختنا فالجواب ان المالك ما يملكه (٢) نسختنا : غيره .

وان كان مستقلاً بالتصرف فان انتقلت الولاية إلى غيره لم تنفسخ الاجارة لأن الولي الثاني يقوم مقام الأول كما يقوم المالك الثاني مقام الأول وإن زالت الولاية عن المولى عليه بالكلية كصبي يبلغ بعد ايجاره أو ايجار عقاره والمدة باقية ففى الانفساخ وجهان أشهرهما عدمه وهو قول القاضى وأصحابه لأنه تصرف له تصرفاً لازماً فلا ينفسخ ببلوغه كالأول وجه أو باع عقاره (والثاني) ينفسخ ذكره فى المغنى وجهاً لأنه أجره مدة لا ولاية له عليه فيها بالكلية فأشبه اجارة البطن الأول للوقف اذا انقضى قبل انقضاء المدة وفارق البيع لأنه ينبرم فى الحال وتنقطع علقته (١) نعم لو كان بلوغه فى مدة الخيار ففيه نظر وكذا النكاح ينبرم من حينه ، ويستقر المهر فيه بالدخول بخلاف الاجارة لأن الأجرة تنقسط فيها على المدة ولا يستقر الملك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئاً بعد شيء وذكر فى المغنى وجهاً آخر انه ان أجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعاً لم يصح فى الزيادة (٢) ويخرج الباقي على تفريق الصفقة ونحوه ذكره صاحب التلخيص .

(والقسم الثانى) ان تكون اجارته بملك ثم تنتقل الى غيره وهو أنواع :
 (أحدها) أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر ما يستولى عليه ، فتفسخ الاجارة لملكه المنافع الباقية منها ودخل تحت هذا اذا أجر مسلم شيئاً ثم استولى عليه الكفار ، واذا أجر الحربى شيئاً للحربى ثم استولى عليه المسلمون ، أما إن أجر الحربى شيئاً لمسلم أو ذمى ثم استولى عليه المسلمون فالاجارة باقية لأن المنافع ملك لمعصوم فلا تملك (وثانيها) ان ينتقل الملك إلى من خلفه فى ماله ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه فلا اعتراض له على عقوده بل هو منفذ لها وذلك كالوارث والمشتري والمتهب والموصى له بالعين والزوجة اذا أخذت العين صداقاً وأخذ الزوج منها عوضاً عن خلع أو صلحاً أو غير ذلك (وثالثها) أن يكون مزاحماً للأول فى الاستحقاق ومثلياً للملك عن تلقاه الأول لكن لاحق له فى العين إلا بعد انتهاء استحقاقه كالבطن الثانى من أهل الوقف اذا أجر البطن الأول ثم انقضى والاجارة قائمة وفيه وجهان (أحدهما) وهو ما قال القاضى فى المجرى أنه قياس المذهب إنه لا تنفسخ لأن الثانى لاحق له فى العين إلا بعده فهو كالوارث (والثانى) وهو المذهب الصحيح وبه جزم القاضى فى خلافه ، وقال إنه ظاهر كلام أحمد وابنه أبى الحسين وحكياء عن أبى اسحاق بن شاقلا واختاره ابن عقيل وغيره أنه ينفسخ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى فلا حق للأولى فيه بعد انقراضهم بخلاف الورثة فانهم لا يتلقون عن مورثهم (٣) إلا ما خلفه فى ملكه من الأموال ولم يخلف هذه المنافع وحق

(١) فى نسختنا : علقته (٢) فى الزائد : د (٣) نسختنا : موروثهم

المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكلية بل آثاره باقية ولذلك تقضى ديونه وتنفذ وصاياه من الشركة وهي ملكه على قوله الى أن تقضى ديونه فكيف يعرض عليه في تصرفاته بنفسه ، وأيضاً فهو كان يملك التصرف في ماله على التأييد بوقف عقاره والوصية به وبما تحمل شجرته أبداً والموقوف عليه بخلافه في ذلك كله وخرج صاحب المغنى وجهاً آخر ببطلان العقد من أصله بناء على تفريق الصفقة كما سبق لكن الأجرة ان كانت مقسطة على أشهر مدة الاجارة أو أعوامها فهي صفقات متعددة على أصح الوجهين فلا تبطل جميعاً ببطلان بعضها وان لم تكن مقسطة فهي صفقة واحدة فيطرد فيها الخلاف المذكور .

واعلم أن في ثبوت الوجه الأول نظر ، لأن القاضي انما فرضه فيما اذا أجر الموقوف عليه لكون النظر له مشروطاً ، وهذا محل تردد أعني اذا أجر بمقتضى النظر المشروط له هل يلحق بالناظر العام فلا يفسخ بموته الاجارات أم لا ، فان من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر العام في ذلك وهكذا حكم المقطع اذا أجر أقطاعه ثم انتقلت عنه الى غيره بأقطاع أحد (ورابعها) أن يكون مزاحماً للاول في استحقاق التلقى عن تلقى عنه الاول بسبق حقه وتقديمه عليه وهو المشتري للشقص المشفوع اذا أجر ، وقلنا بصحة تصرفاته بالاجارة او غيرها ثم انتزعه الشفيع وفيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو ما ذكره صاحب المقنع لا تنفسخ الاجارة ، لأن ملك المؤجر ثابت ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه لأنه يستحق انتزاع العين والمنفعة ، فاذا فات أحدهما رجع الى بدله وهو الأجرة هاهنا كما نقول في الوقف اذا انتقل الى البطن الثاني ولم تنفسخ اجارته انهم يستحقون الأجرة من يوم الانتقال ، وكذلك نص احمد في رواية جعفر بن محمد على مثل ذلك في بيع العين المؤجرة وان المشتري يستحق الأجرة من حين البيع ، وهو مشكل لأن المنافع في مدة الاجارة غير مملوكة للبائع فلا يدخل في عقد البيع ويحجب عنه بأن البائع يملك عوضها وهو الأجرة ولم يستقر بعدولوا نفسخ العقد لرجعت المنافع اليه فاذا باع العين ولم يستثن شيئاً لم تكن تلك المنافع ولا عوضها مستحقاً له لشمول البيع للعين ومنافعها فيقوم المشتري مقام البائع فيما كان يستحقه منها وهو استحقاقه عوض المنافع مع بقاء الاجارة وفي رجوعها اليه مع الانفساخ وهذا هو أحد الوجهين للاصحاب ، وهو مثال نص احمد المذكور أولاً ، وما ذكرناه [هـ] قبل ذلك من رجوع المنافع الى البائع عند الانفساخ هو الذي ذكره صاحب المغنى (والثاني) أنه تنفسخ الاجارة بأخذه وهو المجزوم به في التحرر لما قلنا من ثبوت حقه في العين والمنفعة فيملك انتزاع كل منهما من هو في يده وفارق اجارة الوقف على وجهه لأن البطن الثاني لاحق لهم قبل انقراض الاول وهنا

حق الشفيع ثابت قبل ايجار المشتري فيفسخ بأخذه لسبق حقه ولهذا قلنا على رواية أن تصرف المشتري في مدة الخيار مراعى فان فسخ البائع بطل ، وايضا فلم تنفسخ الاجارة لوجب ضمان المنافع على المشتري بأجرة المثل لا بالمسمى لأنه ضمان حيلولة كما قلنا في أحد الوجهين اذا اعتق عبده المستأجر لزمه ضمان قيمة منافعه فيما بقى من المدة ، والثالث أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الاجارة أو يتركها وهو ظاهر كلام القاضى في خلافه في مسألة اعارة العارة وهو أظهر فان الاجارة بيع المنافع ، ولو باع المشتري العين أو بعضها كان الشفيع خيراً بين الاخذ ممن هو في يده وبين الفسخ ليأخذ من المشتري . وخامسها (١) ان يفسخ ملك المؤجر ويعود الى من انتقل الملك اليه منه فالمعروف من المذهب أن الاجارة لا تنفسخ بذلك لان فسخ العقد رفع له من حينه لا من أصله وصرح ابو بكر في التنبيه بانفساخ النكاح لو أنكحها المشتري ثم ردها بعيب بناء على أن الفسخ رفع للعقد من أصله : وقال القاضى وابن عقيل في خلافهما الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه والفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله لان الخيار يمنع اللزوم بالسكية ولهذا يمنع معه من التصرف في المبيع وثمنه بخلاف العيب .

(القاعدة السابعة والثلاثون)

في توارد العقود المختلفة بعضها على بعض ، وتداخل احكامها ويندرج تحتها صور :
 (منها) اذا رهنه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به ، فهل يصير عارية حالة الانتفاع أم لا قال القاضى في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب المغنى والتلخيص يصير مضمونا بالانتفاع لأن ذلك حقيقة العارية واورد ابن عقيل في نظرياته في وقت ضمانه احتمالين (أحدهما) أنه لا يصير مضمونا بدون الانتفاع (والثاني) يصير مضمونا بمجرد القبض اذا قبضه على هذا الشرط ، لأنه صار ممسكاً للعين لمنفعة نفسه منفرداً به [وهل] يزول لزمه أم لا يبنى على أن اعارة الراهن باذن المرتهن هل يزول لزوم الرهن ام لا وفيه طريقان (احدهما) أنه على روايتين وهى طريقة المحرر (والثانية) ان اعارة المرتهن لم يزل اللزوم بخلاف غيره وهى طريقة المغنى وقال صاحب المحرر في شرح الهداية ظاهر كلام احمد أنه لا يصير مضموناً بحال [و] يشهد له قول ابى بكر في خلافه شرط منفعة الرهن باطل وهو رهن بحاله (ومنها) اذا اودعه شيئاً ثم اذن له في الانتفاع به فقال القاضى في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب التلخيص يصير مضموناً حالة الانتفاع لمصيره عارية حينئذ ، قال ابن عقيل

(١) كذا في الاصول جميعها لم تذكر الرابعة .

ولا يضمن بالقبض قبل الانتفاع هاهنا لأنه لم يمسكه لمنفعة نفسه منفردا بل لمنفعته ومنفعة مالكه بخلاف الرهن ومن المتأخرين من قال ظاهر كلام أحمد أنه لا يصير مضمونا أيضا كالرهن وفرق صاحب المحرر بينهما ولا اختلاف [هنا] بين العقدين في الجواز إلا أن يكون مدة الانتفاع مؤقتة فيخرج فيها وجه باللزوم من رواية لزوم العارية المؤقتة (ومنها) إذا أعاره شيئا لرهنه صح نص نص عليه ونقل ابن المنذر الاتفاق عليه ويكون مضمونا على الراهن لأنه مستعير وأمانة عند المرتهن عليه وأما اللزوم وعدمه فقال الأصحاب هو لازم بالنسبة إلى الراهن والمالك لكن للمالك المطالبة بالافتكاك فإذا انفق زال اللزوم فيرجع فيه المالك واستشكل ذلك الحارثي وقال أما أن يكون لازما فلا يملك المالك المطالبة قبل الأجل وتكون العارية هنا لازمة لتعلق حق الغير وحصول الضرر بالرجوع كما في العارية كبناء حائط ووضع خشب وشبهها انتهى وصرح أبو الخطاب في انتصاره بعدم لزومه فإن لهالك انتزاعه (١) من يد المرتهن فيبطل الرهن (ومنها) لو أعاره شيئا ثم رهنه عنده فقال أبو البركات في الشرح قياس المذهب صحته ويسقط ضمان العارية لأنها ليست لازمة وعقد هذه الأمانة لازم ثم أخذه من كلام الإمام أحمد في ور [و] د عقد الإعارة على الرهن كما سبق ويتخرج في هذه المسألة ما في تلك (ومنها) ورود عقد الرهن على الغصب فيصح عندنا ذكره أبو بكر والقاضي ويبرأ به الغاصب وكذا لو أودعه عنده أو أعاره إياه أو استأجره لحياطته أو نحوها ذكره أبو الخطاب وغيره وذكر القاضي في خلافه فيما إذا استأجر [ه] لحياطته ونحوها هل يبرأ به على وجهين، وذكر هو في المجرد وابن عقيل في الفصول في المضاربة إذا جعل المالك المغمصوب مع الغاصب مضاربة صح ولم يبرأ من ضمانه إلى أن يدفعه ثمنا فيما يشتري به فيبرأ حيثئذ من الضمان وعلى قول أبي الخطاب يبرأ في الحال (ومنها) رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه أو غيره إذا قيل بصحته يزول به الضمان على قياس التي قبلها لأن يده صارت يد ارتهان (ومنها) لو قال الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك بالدين وقيل ذلك فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثم يصير مضمونا، لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضي وابن عقيل والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هرون أنه لا يضمنه بحال ذكره القاضي في الخلاف لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه (ومنها) لو كاتب المدير أو دبر المكاتب صح نص عليه، ثم إن مات السيد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئا عتق بالتدبير من الثلث وهل يكون كسبه له كماله عتق في حياة السيد وهو مكاتب أو للورثة كعتقه بالتدبير على وجهين، وهكذا حكم

الاستيلاد والكتابة ، ونقل ا. الحكم عن أحمد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على ان التدبير وصية فيطل بالكتابة

(القاعدة الثامنة والثلاثون)

فيما اذا وصل بالفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك او يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ، فيه خلاف يلتفت الى أن المذهب هل هو اللفظ او المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو اعاره شيئا وشرط عليه العوض فهل يصح ام لا على وجهين (احدهما) يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض اذا كان مكىلا او موزونا ذكره ابو الخطاب في انتصاره ، وكذلك ذكر القاضى في خلافه و ابو الخطاب فى موضع من رموس المسائل انه يصح عندنا شرط العوض فى العارية كما يصح شرط العوض فى الهبة لأن العارية هبة منفعة ولا تفسد بذلك مع أن القاضى قرر أن الهبة المشروط فيها العوض ليست بيعا وانما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق ولا يخرج ان من موضوعها كذلك العارية وهذا مأخذ آخر للصحة (والثانى) انها تفسد بذلك وجعله ابو الخطاب فى موضع آخر المذهب لأن العوض يخرجها عن موضوعها وفى التلخيص اذا اعاره عبده على أن يعيره الآخر فرسه فى اجارة فاسدة غير مضمونة فهذا (١) رجوع الى انها كناية فى عقد آخر والفساد اما ان يكون لاشتراط عقد فى عقد آخر وأما لعدم تقدير المنفعتين وعليه خرج الحارثى وقال وكذلك لو قال اعرتك عبدي لتمونه او دابتي لتعلقها وهذا يرجع الى ان مؤنة العارية على المالك وقد صرح الحلواني فى التبصرة بأنها على المستعير (ومنها) لو قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك أو لي فقال القاضى وابن عقيل هى مضاربة فاسدة يستحق فيها اجرة المثل ، وكذلك قال صاحب المغنى لكنه قال لا يستحق شيئا فى الصورة الثانية لأنه دخل على ان لا شيء له ورضى به ، وقال ابن عقيل فى موضع آخر من المساقاة ، وقال فى المغنى فى موضع آخر انه ابضاع صحيح فراعى الحكم دون اللفظ وعلى هذا فيكون فى الصورة الأولى قرضا (ومنها) لو استأجر المكيل او الموزون او النقود او الفلوس ولم يذكر ما يستأجرها له فقال القاضى فى خلافه فى الاجارات (٢) يصح ويكون قرضا وله (٣) وجه آخر أنه لا يصح (ومنها) لو اجره الارض بثلك ما يخرج منها من زرع نص احمد على صحته واختلف الاصحاب فى معناه فقال القاضى هى اجارة على حد المزارعة

(١) وهذا : د (٢) نسختنا : العبادات (٣) ولنا : د

تصح بلفظ الاجارة وحكمها حكمها ، وقال ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى هي مزارعة بلفظ الاجارة فتصح على قولنا يجوز ان يكون البذر من العامل والافلا (ومنها) لو اسلم في شيء حالا فهل يصح ويكون يباعا او لا يصح فيه وجهان (احدهما) وهو ظاهر كلام احمد في رواية المروذي لا يصح البيع بلفظ السلم (والثاني) يصح قاله القاضي في موضع من خلافه (ومنها) اذا قال انت على حرام اعنى به الطلاق وقلنا الحرام صريح في الظاهر فلم يلغو تفسيره ويكون ظاهرا او يصح ويكون طلاقا على روايتين (ومنها) لو قال له في دين السلم صالحني منه على مثل الثمن قال القاضي يصح ويكون اقالة وقال هو وابن عقيل لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله لانه نفس حقه فيخرج في المسألة وجهان التفاتا الى اللفظ والمعنى .

(القاعدة التاسعة والثلاثون)

في انعقاد العقود بالكنايات واختلاف الاصحاب في ذلك . فقال القاضي : في مواضع لا كناية الا في الطلاق والعناق وسائر العقود لا كناية فيها ، وذكر ابو الخطاب في الانتصار نحوه وزاد ولا تحل العقود بالكنايات في النكاح والرق ، وقال في موضع آخر منه تدخل الكنايات في سائر العقود سوى النكاح لا شرائط الشهادة عليه وهي لا تقع على النية وأشار اليه صاحب المغنى ايضا وكلام كثير من الاصحاب يدل عليه ، وهل المعاطاة التي ينقذ بها البيع والهبة ونحوهما الا كنايات وكذلك كنايات الوقف تعتقده في الباطن صرح به الحلواني ، وقد تقدم في القاعدة التي قبلها كثير من فروع هذه القاعدة (ومنها) لو أجره عينا بلفظ البيع ففي الصحة وجهان وقال صاحب التلخيص ان أضاف البيع الى العين لم يصح والوجهان في اضافتها الى المنفعة (ومنها) الرجعة بالكنايات ان اشترطنا الاشهاد عليها لم يصح والا فوجهان وأطلق صاحب الترغيب وغيره الوجهين (١) والاولى ما ذكرنا فأما قوله لامته اعتقتك وجعلت عتقك صداقك فجعله ابن حامد كناية ولم يعتقده النكاح حتى يقول وتزوجتك وقال القاضي هو صريح بقريته ذكر الصداق فان الصريح قد يكون مجازا اذا اشتهر وتبادر فهمه ولو مع القرينة وفسره القاضي بأنه الظاهر ولا يشترط ان يكون نصا وكلام احمد صريح في ان هذا اللفظ كناية فانه قال في رواية صالح اذا قال اجعل عتقك صداقك او قال صداقك عتقك كل ذلك جائز اذا كانت له نية فنيته تصرح باعتبار النية وتأوله القاضي بتأويل بعيد جدا وكذلك نص احمد على ما اذا قال الخاطب للولي ازوجت وليتك قال نعم و[قال] للمتزوج اقبلت

(١) فيهما : وأطلق الوجهين صاحب الترغيب .

قال نعم ان النكاح ينعقد به ، وذكره الخرقى ونعم ههنا كناية لان التقدير نعم زوجت ونعم قبلت ، واكثر ما يقال انها صريحة في الاعلام بمصول الانشاء فالانشاء انما استفيد منها وليس فيها من الفاظ صريح الانشاء شيء فيكون كناية عن لفظ النكاح وقبوله .

﴿ القاعدة الأربعون ﴾

الاحكام المتعلقة بالاعيان بالنسبة الى تبدل الاملاك واختلافها عليها نوعان :
 (أحدهما) ما يتعلق بالحكم فيه بملك واحد فاذا زال ذلك الملك سقط الحكم وصور ذلك كثيرة :
 (منها) الاجارة فمن استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه عنه بتملك قهرى يشمل العين والمنفعة ثم عاد الى ملك المؤجر والمدة باقية لم تعد الاجارة هذا هو الظاهر لان ملك المستأجر زال عن المنافع وثبت له الرجوع على المالك بقسطه من الاجرة فاذا استوفاه منه لم يبق له حق فتعود العين بمنافعها ملكاً للمؤجر اما ان لم يستوف شيئاً فقد سبق نظائرها في قاعدة من تعذر عليه الاصل واستقر حقه في البديل ثم وجد الاصل فيحتمل وجهين والظاهر هنا عدم استحقاق المنافع لان حقه سقط منها وانتقل الى بدلها (ومنها) الاعارة فلو أعاره شيئاً ثم زال ملكه عنه ثم عاد لم تعد الاعارة (ومنها) الوصية تبطل بازالة الملك ولا تعود بعوده
 (النوع الثانى) ما يتعلق بالحكم فيه بنفس العين من حيث هى تعلقاً لازماً لا يختص تعلقه بملك دون ملك وله (١) صور .

(منها) الرهن فاذا رهن عيناً رهناً لازماً ثم زال ملكه عنها بغير اختياره ثم عاد فالرهن باق بحاله لانه وثيقة لازمة للعين فلا تنفك بتبدل الاملاك كأرث الجناية غير ان الارش لازم لرقبة الجاني بدون القبض والرهن لا يلزم أولاً يصح بدون القبض ، وذكر الاصحاب صوراً يعود فيها الرهن بعود الملك :

(منها) لو سب الكفار العبد المرهون ثم استنقذ منهم عاد رهناً بحاله نص عليه الامام احمد (ومنها) لو تخمر العصير المرتهن ثم تغلل فانه يعود رهناً كما كان [و] كذلك يعود الرهن بعد زواله وان كان ملك الراهن باقياً عليه في مواضع .

(منها) لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه في المجلس صح لصلح وبرئت ذمته من الدين وزال الرهن فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين والرهن بحاله (ومنها) ما قاله

أبو بكر إنه ان عاد الرهن الى الراهن بطل الرهن فان عاد اليه عاد رهنا كما كان وفي كلام احمد نحوه وتأوله القاضي وابن عقيل على أنه بطل لزومه لأنه لو بطل بالسكية لم يعد بدون عقد وهذا باطل بمسألة الصلح وقد وافق عليها والظاهر أن الرهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضى المرتهن . (ومن صور هذا النوع) المكاتب فان المكاتب عقد لازم ثابت في الرقبة فلا يسقط بانتقال الملك فيه (ومنها) الأضحية المعينة فان الحق ثابت في رقبتها لا يزول بدون اختيار المالك فاذا تعينت خرجت عن كونها أضحية فاذا زال العيب عادت أضحية كما كانت ذكره ابن عقيل في عمده (ومنها) التدبير على احدى الروايتين (ومنها) رجوع الزوج في نصف الصداق بعد الفرقة فانه يستحقه سواء كان قد زال ملك الزوجة عنه ثم عاد أو لم يزل لأن حقه متعلق بعينه (ومنها) عروض التجارة اذا خرجت عن ملكه بغير اختياره ثم عادت فانه لا ينقطع الحول بذلك كما اذا تخمر العصير ثم تخلل ذكره ابن عقيل وغيره (ومنها) صفة الطلاق تعود بعود النكاح وسواء وجدت في زمن البينونة أو لم توجد على المذهب الصحيح (ومنها) صفة العتق تعود بعود ملك الرقيق في أشهر الروايتين وفي الأخرى لا تعود اذا وجدت الصفة بعد زوال الملك وفرق القاضي بين الطلاق والعتاق بأن ملك الرقيق لا يبنى فيه أحد المالكين على الآخر بخلاف النكاح فانه يبنى فيه أحد المالكين على الآخر في عدد الطلاق على الصحيح وهذا التفريق لا أثر له اذ لو كان معتبراً لم يشترط لعدم الحث وجود الصفة في غير الملك (ومنها) الرد بالعيب لا يمتنع بزوال الملك اذا لم يدل على الرضى ، وهاهنا صور مختلف في إلحاقها باحد النوعين وهي محتملة .

(فإنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده اذا أخرجه الابن عن ملكه ثم عاد اليه فهل يسقط حقه من الرجوع أم لا (ومنها) رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها بعينها وكان المملاس قد أخرجها عن ملكه ثم عادت اليه وفي المسألتين ثلاثة أوجه احدها لاحق لهما فيها لأن حقهما متعلق بالعقد الأول المتلقى عنهما (والثاني) غير متعلق عنهما فلا يستحقان فيه رجوعاً (والثاني) لهما الرجوع نظر الى ان حقهما ثابت في العين وهي موجودة فأشبه الرد بالعيب (والثالث) ان عاد بملك جديد سقط حقهما وان عاد بفسخ العقد فلهما الرجوع لأن الملك العائد بالفسخ تابع للملك الأول فان الفسخ رفع للعقد الحادث فيعود الملك كما كان (ومنها) الفراش فاذا وطئ أمة ثم باعها ووطئ اختها بالملك ثم عادت الأولى الى ملكه فهل يعود الفراش ام لا على وجهين ، اشهرهما انه يعود وهو المنصوص فيجب عليه اجتنابهما حتى يحرم احديهما ، والثاني له استدامة استفراش الثانية ويحتب الرجعة لزوال الفراش فيها بزوال الملك وهو اختيار صاحب المحرر .

(القاعدة الحادية والأربعون)

إذا تعاق بعين حق تعلقا لازما فألتفها من يلزمه الضمان فهل يعود الحق الى البدل المأخوذ من غير عقد آخر فيه خلاف ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو ألتف الرهن متلف وأخذت قيمته فظاهر كلامهم أنها تكون رهنا بمجرد الأخذ وفرع القاضى على ذلك ان الوكيل في بيع المتلف يملك بيع البدل المأخوذ بغير اذن جديد وخالفه صاحب الكافي والتلخيص ، وظاهر كلام ابي الخطاب في الانتصار في مسألة ابدال الاضحية أنه لا يصير رهنا الا بجعل الراهن (ومنها) الوقف اذا ألتفه متلف وأخذت قيمته فاشترى بهابله فهل يصير وقفا بدون انشاء الوقف عليه من الناظر حكى بعض الاصحاب في ذلك وجهين (ومنها) اذا ألتف الاضحية متلف وأخذت منه القيمة أو باعها من أوجبها ثم اشترى بالقيمة أو الثمن مثلها فهل تصير متعينة بمجرد الشراء يتخرج على وجهين (ومنها) الموصى له بعين اذا ألتفها متلف بعد الموت (١) وقبل القبول لحقه باق في بدلها .

(القاعدة الثانية والأربعون)

في أداء الواجبات المالية وهي منقسمة الى دين وعين فأما الدين فلا يجب أدائه بدون مطالبة المستحق اذا كان آدميا حتى ذكر ابن عقيل في جواز السفر قبل المطالبة وجهين ، وهذا مالم يكن قد عين له وقتا للوفاء فأما ان عين وقتا كيوم كذا فلا ينبغي ان يجوز تأخيرها عنه لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه بدون مطالبة ، فان تعين الوفا فيه أولا كالمطالبة به وأما ان كان الدين لله عز وجل فالمنهـب أنه يجب أدائه على الفور لتوجه الأمر بأدائه من الله عز وجل ، ودخل في ذلك الزكاة والكفارات والنذور وقد نص أحمد على اجبار المظاهر على الكفارة في رواية ابن هانئ وأما العين فانواع :

(منها) الأمانات التي حصلت في يد المؤمن برضى صاحبها فلا يجب أدائها الا بعد المطالبة منه ودخل في ذلك الوديعة وكذلك أموال الشركة والمضاربة والوكالة مع بقاء عقودها (ومنها) الأمانات الحاصلة في يده بدون رضى أصحابها فيجب المبادرة الى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه ولا يجوز التأخير (٢) مع القدرة ودخل في ذلك اللقطة اذا علم صاحبها والوديعة والمضاربة والرهن

(١) نسختنا الدار : اذا ألتفها متلف بعد الموت (٢) نسختنا : التأخر

ونحوها اذامات المؤتمن وانتقلت الى وارثه فانه لا يجوز له الامساك بدون اذن لان المالك لم يرض به وكذا من اطارت الريح ثوبا الى داره لغيره لا يجوز له الامساك مع العلم بصاحبه ثم ان كثيرا من الاصحاب قالوا ههنا الواجب الرد وصرح كثير منهم بان الواجب أحد شيئين اما الرد أو الاعلام كما في المعنى والمحرر والمستوعب ونحوه ذكره ابن عقيل وهو مراد غيرهم لأن مؤنة الرد لا تجب عليه وإنما الواجب التمكين من الأخذ ثم ان الثوب هل يحصل في يده بسقوطه في داره من غير امساك له أم لا ، قال القاضي لا يحصل في يده بذلك وخالف ابن عقيل والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما حصل في أرضه من المباحات هل يملكها بذلك أم لا ، وكذلك حكم الأمانات إذا فسدها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان صرح به القاضي في خلافه ، وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته وظاهر كلامه أنه يجب فعل الرد فان العلم هنا حاصل للمالك وكذلك جعل ضمان الزكاة مبنياً على حصولها في يده بغير رضی المستحق وأوجب عليه المبادرة بالدفع وقاسها على اللفظة ونحوها فدل على ان فعل الدفع في هذه الأعيان عنده واجب وعلى قياس ذلك الرهن بعد استيفاء الدين والعين الموجرة بعد انقضاء المدة ، وذكر طائفة من الاصحاب في العين المؤجرة انه لا يجب على المستأجر فعل الرد ومنهم من ذكر في الرهن كذلك وسيأتي في القاعدة التي تليها وأما الأعيان المملوكة بالعقود قبل تقييضها فالأظهر أنها من هذا القبيل لأن المالك لم يرض بابقائها في يدا الآخر فيجب التمكين من الأخذ ابتداء بدليل أنه لا يجوز عندنا حبس المبيع على الثمن وذكر ابن عقيل في الصداق أنها إذا تلفت قبل المطالبة أو بعدها قبل التمكن من الأداء انه لا يضمن كسائر الأمانات وقاسه على من اطارت الريح إلى داره ثوباً ، وهذا الكلام فيه نظر فان الثوب لا يقف ضمانه على المطالبة لكن مراده والله أعلم أن العلم يكفي فنى كان المالك عالماً ولم يطلب فلا ضمان اذا لم يكن مؤنة الرد واجبة على من هو عنده وهذا أحسن (ومنها) الأعيان المضمونة فتجب المبادرة إلى الرد بكل حال وسواء كان حصولها في يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله فالأول كالعوارى يجب ردها اذا استوفى منها الغرض المستعار له قاله الاصحاب وهذا اذا انتهى قدر الائتفاع المأذون فيه متوجه وسواء طالب المالك أو لم يطلب لأنها من قبيل المضمونات فهي شبيهة بالمغصوب وكذلك حكم المقبوض للسوم ويستثنى من ذلك المبيع المضمون على بائعه فلا يجب عليه سوى تمييزه وتمكين المشتري من قبضه لأن نقله على المشتري دون البائع ، والثاني كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما ، والثالث كالأمانة اذا قلنا تجب في العين فتجب المبادرة إلى الدفع إلى المستحق مع القدرة عليه من غير ضرر لأنها من قبيل المضمونات عندنا وكذلك الصيد اذا احرم وهو في

يده أو حصل في يده بعد الاحرام بغير فعل منه .

(القاعدة الثالثة والأربعون)

فما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد القابض لمال غيره ، لا يخلو اما يقضيه باذنه أو بغير اذنه فان قبضه بغير اذنه فان استند الى اذن شرعى كاللقطة لم يضمن وكذا ان استند الى اذن عرفى كالمنفذ لمال غيره من التلف ونحوه وحكى في التلخيص وجهاً بضمان هذا وفيه بعد ونص احمد على أن من أخذ عبداً أبقاً ليرده فأبقى منه فلا ضمان عليه لكن قد يقال هنا اذن شرعى في أخذ الآبق لرده وان خلا عن ذلك كله فهو متعدد وعليه الضمان في الجملة هذا اذا كان أصل القبض غير مستند الى اذن أما ان وجد استدامة قبض من غير اذن في الاستدامة فهنا ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون عقد على ملكه عقداً لازماً ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعد فان كان ممتنعاً من تسليمه فهو غاصب الا حيث يجوز الامتناع من التسليم كتسليم العوض على وجه أو لكونه رهناً عنده أو لاستثنائه منفعته مدة وان لم يكن ممتنعاً من التسليم بل باذله فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب الا أن يكون المعقود عليه مبهما لم يتعين بعد كقفيز من صبرة فان عليه ضمانه في الجملة وبماذا يخرج من ضمانه قال الخرقى والأصحاب لا يزول ضمانه بدون قبض المشتري وهل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التمييز أو لا يحصل بدون النقل فيما ينقل على روايتين فان اعتبرنا النقل امتد (١) الضمان اليه وهل يسقط بتفريط المشتري في النقل على وجهين أشهرهما أنه يسقط به والثاني لا يسقط حتى يوجد النقل بكل حال ، وذكر القاضى في خلافه في مسألة الجوائح أنه ظاهر كلام احمد وفيه بعد ثم وجدته منصوصاً صريحاً عن احمد في الثمرة المشتراة قبل صلاحها بشرط القطع اذا أخرها المشتري حتى تلفت بجائحة قبل صلاحها أنها من ضمان البائع معللاً بأنها في ملك البائع وفي حكمه (٢) نقله عنه الحسن بن ثواب وان اعتبرنا التخلية مع التمييز وهو الصحيح فلا أنه يحصل به التمكن من القبض ولهذا ينتقل الضمان في بيع الأعيان المتميزة بمجرد العقد على المذهب لحصول التمكن من القبض ، ولعل اشتراط النقل انما يخرج على الرواية الأخرى وهى ضمان جميع [الأعيان] قبل القبض فلا ينتقل الضمان [هنا] إلا بحقيقة القبض دون التمكن منه والاول أظهر لأن الذى يجب على البائع التمييز والتخلية وهو التسليم فاما النقل فواجب على المشتري

(١) فى ٧١١ استند الضمان . وفى ٧١١ اسند . (٢) فيهما : نقله . فى ٧١١ . التمكن

لأن فيه تفريراً للملك البائع من ماله فيكون بتركه مفرطاً فينتقل الضمان إليه ويشهد له شراء الثمر في رموس النخل فإن الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر إلى أوان أخذه وصلاحيته له سواء قطعه (١) المشتري أو لم يقطعه على الصحيح ولكن هل يعتبر لا انتقال الضمان التمكن من القطع أم لا خرجها ابن عقيل على وجهين من الزكاة ورجح عدم اعتبار التمكن والذي عليه القاضي والأكثر من اعتبار التمكن من النقل في جميع الأعيان فلا يزال في ضمان البائع حتى يحصل تمكن المشتري من النقل وصرح ابن عقيل بخلاف ذلك وأنه يضمن الأعيان المتميزة بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن كما قال في مسألة الجوائح وكذلك حكم المملوك بصلح أو خلع أو صداق .

(القسم الثاني) أن يعقد عليه عقداً وينقله إلى يد المعقود له ثم ينتهي العقد أو يفسخ وهو نوعان :

(أحدهما) أن يكون عقد معاوضة كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار والعين المستأجرة إذا انتهت المدة أو العين التي أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول (والثاني) أن يكون غير معاوضة كمقد الرهن إذا وفي الدين و كعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم فأما عقود المعاوضات فيتوجه فيها للأصحاب وجوه (أحدها) أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم فإن كان مضموناً عليه كان بعد انتهاء العقد مضموناً له والا فلا وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب الكافي في آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر فعلى هذا أن كان عوضاً في بيع أو نكاح وكان متميزاً لم يضمن على الصحيح وإن كان غير متميز ضمن وإن كان في اجارة ضمن بكل حال (والوجه الثاني) أن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده كفسخ المشتري أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما فهو ضامن له لأنه بسبب إلى جعل ملك غيره في يده وإن استقل به الآخر كفسخ البائع وطلاق الزوج فلا ضمان لأنه حصل في يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان فهو كما لو ألقى ثوبه في داره بغير أمره وهذا الوجه ظاهر ما ذكره صاحب المغنى في مسألة الصداق وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة لأنه تسبب إلى رفع العقد مع المؤجر ، ووجه أن الاذن في القبض إنما كان لازماً للوجوب الدفع للملك ولهذا يملك المشتري والمستاجر أخذه بدون إذنه فيبعد زوال الملك لا يوجد اذن سابق ولا لاحق ولو قدر وجود الاذن في القبض فأما اذن في قبض ماملك عليه فلا يكون اذنًا في قبض مملوكه هو (والوجه الثالث) حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله فإن

كان مضموناً فهو مضمون والا فلا يكون البيع بعد فسخه مضموناً لأنه كان مضموناً على المشتري بحكم [العقد ولا] يزول الضمان بالفسخ صرح بذلك القاضي في خلافه ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة وهو ظاهر كلام صاحب المحرر وأنه لا ضمان في الاجارة لأن العين لم تكن مضمونة من قبل، وصرح بذلك القاضي وغيره بوجه بان المبيع والصداق انما أقبضه لا تنقل ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة فانه أقبضها مع عليه بانها ملكه فكان اذا في قبض ملكه بخلاف الاول حتى قال القاضي وأبو الخطاب لو عجل أجرتها ثم انفسخت قبل انتهاء المدة فله حبسها حتى يستوفى الاجرة ولا يكون ضامناً

(والوجه الرابع) أنه لا ضمان في الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب في الانتصار لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمنه كما لو أطارت الريح اليه ثوباً وكذلك اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل في الصداق بعد الطلاق

(والوجه الخامس) التفريق بين أن ينتهى العقد أو يطلق الزوج ، وبين ان يفسخ العقد . ففي الاول يكون أمانة محضة لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكاً للاول ، وفي الفسخ يكون مضموناً لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية فيصير مضموناً (١) بغير عقد أو على وجه السوم في صورة البيع ، وعن صرح بذلك الأزهري في النهاية وصاحب التلخيص وهو ظاهر كلام ابن عقيل في مسائل الرد بالعيب وصرح بأنه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد ويصير مقبوضاً على وجه السوم . ونقل الأثرم عن أحمد فيمن دفع [الى] آخر ديناراً من شيء كان له عليه فخرج فيه نقص فقال للدافع خذه واعطني غيره فقال امسكه معك حتى أبدله لك فضاع الدينار فقال ما أعلم عليه شيئاً انما هو الساعة مؤتمن ، فيحتمل أنه يكون مراده أن المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة ، ويحتمل وهو أظهر ان يكون انما جعله أمانة لأمر المعطى بامساكه له فهو كايدياعه منه (والنوع الثاني) عقود (٢) الشركات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والهبة اذا رجع فيها الأب ، أو قيل يجوز فسخها مطلقاً كما أفق به الشيخ تقي الدين فقيها وجهان : (أحدهما) أنها غير مضمونة صرح به القاضي وابن عقيل في الرهن وأنه لا يجب رده الى صاحبه استصحاباً للاذن السابق والائتمان كما صرحوا به في الاجارة وكذلك صرح به القاضي

(١) مقبوضاً (٢) نسخنا الدار . الامانات

وأبو الخطاب في خلافيهما في بقية العقود المسماة وأنها تبقى أمانة كما لو أطارت الريح إلى داره وثوباً، هذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لا يجب الدفع لأن الواجب التمكن (١) منه لاحتله إليه كما تقدم. والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات أن المعاوضات تضمن بالعقد والقبض فإذا كان عقدها مضماً كان فسخها كذلك وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد فكذلك بالفسخ (والوجه الثاني) أنه يصير مضماً إن لم يبادر إلى الدفع إلى المالك كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً وصرح به القاضي في موضع آخر من خلافه في الوديعة والوكالة وكلام القاضي وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن فانهما عللاً كون الرهن أمانة بأنه أمانة (٢) ووثيقة فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة كما لو كان عنده وديعة فأذن له في بيعها ثم نهاه، وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة وبين الشركة والمضاربة والوكالة لأن هذه العقود كلها مشتملة على ائتمان وتصرف فإذا زال التصرف بقي الائتمان بخلاف الوديعة فانه ليس فيها غير ائتمان مجرد فإذا زال صار ضماناً وحكم المنصوب إذا أبرأ المالك الغاصب من ضمانها كما ذكرنا.

(القسم الثالث) أن تحصل في يده بغير فعله كمن مات موروثة وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت إلى يده فلا يجوز له الإمساك بدون إعلام المالك كما سبق لأن المالك لم يأت به، وقد نص أحمد في رواية ابن هاني في الرهن أنه لا يقر في يد الوصي حتى يقره الحاكم في يده فإن تلفت تحت يده قبل التمكن من الأداء فلا ضمان لعدم التفريط، وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك، ويتخرج وجه آخر بالضمان كما خرج ابن عقيل في البيع، وإن تلفت بعده فالمشهور بالضمان لتعديده بترك الرد مع إمكانه وهو غير مؤتمن، وحكي صاحب المقنع وجهاً آخر وأشار إليه صاحب التلخيص أنه لا ضمان ويكون أمانة عنده كما لو انقضت مدة الإجارة ثم تلفت العين عند المستأجر (٣) وبينهما فرق فإن المستأجر مستصحب للاذن في القبض بخلاف هذا وكذلك حكم من أطارت الريح إلى بيته ثوباً كما سبق ووقع في بعض كلام القاضي أنها أمانة عنده ولعل مراده مع علم المالك وإمساكه عن المطالبة فيكون تقريراً، ولو دخل حيوان لغيره أو عبد له إلى داره فعليه أن يخرج له لذهب كما جاء لأن يده لم تثبت عليها بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل

(١) التمكن : د (٢) في ٧١١ : فانه وثيقة (٣) بيد : د

فصل

وأما ما قبض من مالكة بعقد لا يحصل به الملك فثلاثة أقسام

(أحدها) ما قبضه أخذه لمصلحة نفسه كالعارية فهو مضمون في ظاهر المذهب . قالوا لأن الأذن إنما تعلق بالاتفاق وقبض العين وقع من حيث اللزوم فهو كقبض المضطر مال غيره لأحياء نفسه لا يسقط عنه الضمان لأن إذن الشرع تعلق بأحياء نفسه وجاء الأذن في الاتفاق من باب اللزوم ولو وهبه شقصاً من عين ثم قبضه العين كلها ففي المجرد والفصول يكون نصيب الشريك وديعة عنده واستدرك ذلك ابن عقيل في فتونه وقال بل هو عارية حيث قبضه لينتفع به بلا عوض وهذا صحيح إن كان إذن له في الاتفاق به مجاناً ، أما إن طلب منه أجره فهي إجارة وإن لم يأذن له في الاتفاق بل في الحفظ فوديعة ولو قال أحد الشريكين للعبد المشترك أنت حبيس على آخرنا موتاً لم يعتق لموت الأول منها ويكون في يد الثاني (١) عارية فإذا مات عتق ذكره القاضي في المجرد .

(القسم الثاني) ما أخذه لمصلحة مالكة خاصة كالمودع فهو أمين محض لكن إذا تلفت الوديعة من بين ماله ففي ضمانه خلاف فمن الأصحاب من يبنيه على أن قوله هل يقبل في ذلك أم لا ، ومنهم من يقول تلفها من بين ماله إماراً على تفريطه فيها وقد فرق أحمد بين العارية والوديعة بأن اليد في العارية آخذة وفي الوديعة معاطاة (٢) وهو يرجع إلى تعيين جهة المصلحة فيهما وكذلك الوصي والوكيل بغير جعل حتى لو كان له دين وعليه [دين] فوكله في قبض ماله وأذن له أن يستوفي حقه منه فتلف المال قبل استيفائه فإنه لا يضمنه نص عليه أحمد في رواية مثني الأنباري .

(القسم الثالث) ما قبضه لمنفعة تعود إليهما وهو نوعان :

أحدهما ما أخذه على وجه الملك فتبين فساد أو على وجه السوم فاما الأول فهو المقبوض بعقد فاسد وهو مضمون في المذهب لأنه قبضه على وجه الضمان ولا بد ونقل ابن ميثاق وحرب عن أحمد ما يدل على أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السوم وكذلك صرح بجرى الخلاف فيه ابن الزاغوني في فتاويه ونقل حنبل عن أحمد في الهبة للثواب أن أراد ردها على صاحبها وقد نقصت بغير استعماله لم يضمن النقص وشبهه بالرهن وتأوله القاضي بتأويل بعيد جداً وقد رده (٣) أبو البركات في تعليقه على الهداية ثم اختاره هو

(١) نسخنا الدار : الباقي (٢) لعلها معطاة (٣) في ٧١١ : ذكره

تخريجه على أن الهبة للثواب يغلب فيها حكم الهبات ومن حكم الهبة أن لا يضم نقصها قال ولازم هذا أن نقول لا يضمن قيمتها إذا تلفت بغير تعد قال وهذا عندي أحسن الوجوه قال ومع هذا ففيه نظر وهو كما قال لأنه لو كان كذلك لما فرق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله ولما صح تشبيهه بالرهن، ويحتمل عندي تخريجه على أحد وجهين أما أن يكون على أن الهبة بالثواب المجهول فاسدة فيكون [ذلك] موافقاً لما روى عنه في المقبوض بعقد فاسد أنه غير مضمون وأما على أنها صحيحة وهو الأظهر لقوله ثم أراد رده إلى مالك فدل على أن له امساكه وذلك لا يكون [إلا] (١) مع الصحة فعلى هذا إنما لم يضمنه النقص لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض وكذلك شبهها بالرهن وسنزيده ايضاحاً في المقبوض بالسوم إن شاء الله تعالى ، وأما المقبوض على وجه السوم فمن الأصحاب من يحكى في ضمانه روايتين سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه وهى طريقة القاضى، وابن عقيل و صحيح الضمان لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض فهو كالمقبوض بعقد فاسد ثم إن كان لم يقدر الثمن ضمنه بقيمته وإلا فهل يضمنه بالقيمة أو بالثمن [المقدر] على وجهين ذكرهما ابن عقيل وقال ابن أبي موسى إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله فإن رضوه ابتاعه فهو مضمون بغير خلاف ، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله وإن أخذه باذن مالك من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله فإن رضوه وزن ثمنه ففيه روايتان أيضاً أظهرهما أنه غير مضمون عليه وجعل السامري الضمان فيما قطع ثمنه مبنياً على أنه بيع بالمعاطاة بشرط الخيار وهذا يدل على أنه يجري فيه الخلاف إذا قلنا لم ينعقد البيع بذلك وفي كلام أحمد إيماء إلى ذلك لأنه علل الضمان في رواية ابن منصور بأنه ما ملكه وعلل في رواية غيره انتفاء الضمان فيما إذا لم يقطع ثمنه بأنه مالك للبائع بعد حتى يقطع ثمنه ففهم منه أنه مع القطع ينتقل الملك فيه إلى المشتري ويؤخذ من ذلك أن المقبوض بعقد فاسد لا يضمن أيضاً لبقاء الملك فيه لما ملكه ، وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار أيتهما (٢) شاء فلا يضمنها وبين أن يكون سلعة واحدة وهذا يحتمل ثلاثة أمور (أحدها) ما قال السامري أنه بيع بشرط الخيار ويكون المعاق على الرضا فسخه لاعتقده (والثاني) أن يكون بيعاً معاقاً على شرط فقد فعله أحمد بنفسه لما رهن نعله بالثمن ويعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتلف قبل الرضى به أو بعده (والثالث) أن يكون بيعاً بمعاطاة تراخى القبول فيه عن المجلس وقد نصر على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب ، ومن هذا النوع ما إذا قبض المشتري زيادة على حقه غلطاً فإنها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض ذكره القاضى وابن عقيل والأصحاب ويحتمل أن لا يضمن على

(١) الزيادة من ٧١١ (٢) نسختا الدار : أيهما

معنى تعليل احمد في المقبوض بالسوم أنه على ملك البائع ومن ذلك لو دفع اليه كيسا وقال له استوف منه قدر حقلك ففعل فهل يصح على وجهين بناء على قبض الوكيل لنفسه من نفسه والمنصوص الصحة نص عليه في رواية الأثرم ويكون الباقي في يده وديعة وعلى عدم الصحة قدر حقه كما لقبوض بالسوم والباقي أمانة ذكره في التلخيص ولو دفع الى غريم له نقدا من غير جنس ما عليه ليصارفه (١) عليه فيها بعد فهي امانة محضة نص عليه مع أنها قبضت للمعاوضة وقياس قول الأصحاب أنها مضمونة كما قالوا في الضامن اذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء أنه مضمون لقبضه على وجه المعاوضة وأولى لأن القبض هنا وجد قبل الاستحقاق فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالا عوضاً عما يستحقه عليها بالطلاق قبله .

(النوع الثاني) ما أخذ (٢) لمصلحتها على غير وجه التمليك لعينه كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة بجعل والوصية كذلك فهذا كله امانة على المذهب ، وفي الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه وتأولها القاضى وأثبتها ابن عقيل والاعيان المستاجرة والموصى بمنفعته (٣) امانة كالرهن لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق

تنبيه - من الاعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق وما له مالك غير معين فالأول كالصيد اذا قبضه المحرم فانه يجب تخليته وإرساله وسواء ابتدأ قبضه في الاحرام أو كان في يده ثم احرم وان تاف قبل إرساله فان كان بعد التمكن منه وجب ضمانه للتفريط وان كان قبله لزمه الضمان فيما ابتدأ قبضه في الاحرام دون ما كان في يده قبله لتفريطه في الأولى دون الثانية، هذا قول القاضى وصاحب المغنى ، وخرج ابن عقيل الضمان فيهما لأنها عين (٤) مضمونة فلا يقف ضمانها على [عدم] التمكن من الرد كالعوارى والغصب

والثاني الزكاة اذا قلنا تجب في العين فالذهب وجوب الضمان بتلفها بكل حال ، لأنها وجبت شكراً لنعمة المال النامي الموجود في جميع الأحوال فهي شبيهة بالمعاوضة ويستثنى من ذلك ما لم يدخل تحت اليد كالديون والثر في رهوس الشجر لا تنفاه قبضه وكال الانتفاع به ومن الأصحاب من خرج وجها بسقوط الضمان قبل امكن الأداء مطلقاً .

(القاعدة الرابعة والأربعون)

في قبول قول الأمانة في الرد والتلف اما التلف فيقبل فيه قول كل امين اذ لا معنى للامانة

(١) نسختنا: ليصادقه (٢) ما أخذه: د (٣) نسختنا: بنفعها (٤) نسختنا: غير

الاتقاء الضمان ، ومن لوازمه قبول قوله في التلف والا للزم الضمان باحتمال التلف وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه ويستثنى من ذلك الوديعة اذا هلك مال المودع على طريقة من يحكى الخلاف فيها في قبول [قول] المودع في التلف لا في أصل ضمانه وكذلك العين المستأجرة والمستأجر على عمل [فيها] حكى فيها رواية بالضمان فمن الأصحاب من جعلها رواية بثبوت الضمان فيها فلا تكون أمانة ، ومنهم من حكى الخلاف في قبول دعوى التلف بأمر خفي وهي طريقة [ابن] أبي موسى فلا تخرج بذلك عن الأمانة وأما الرد فالأمانة ثلاثة أقسام .

الأول من قبض المال لمنفعة مالكه - فالمنهج أن قولهم في الرد وقبول ونقل أبو طالب وابن منصور عن أحمد أن الوديعة اذا ثبتت بيئته لم تقبل دعوى الرد بدون بينة وخرجها ابن عقيل على أن الأشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب فيكون تركه تفریطاً فيجب فيه الضمان وكذلك خرج طائفة من الأصحاب في وصي اليتيم أنه لا يقبل قوله في الرد بدون بينة ، وعزاه القاضي في خلافه إلى قول الخرقى وهو متوجه على هذا المأخذ ، لأن الأشهاد بالدفع إلى اليتيم مأمور به بنص القرآن ، وقد صرح أبو الخطاب في انتصاره باشتراطه الأشهاد عليه كالنكاح .

القسم الثاني - من قبض المال لمنفعة نفسه كالمرتهن فالمشهور أن قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير وخرج أبو الخطاب وأبو الحسين وجهاً آخر بقبول قوله في الرد لأنه أمين في الجملة وكذلك الخلاف في المستأجر .

القسم الثالث - من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمضارب والشريك والوكيل يجعل والوصى كذلك ففي قبول قولهم في الرد وجهان معروفان لوجود الشائبتين في حقهم .

(أحدهما) عدم القبول ونص عليه أحمد في المضارب في رواية ابن منصور أن عليه البينة بدفع رأس المال وهو اختيار ابن حاتم وابن أبي موسى والقاضي في المجرد وابن عقيل وغيرهم

(والثاني) قبول قولهم في ذلك وهو اختيار القاضي في خلافه وابنه أبي الحسين والشريف أبي جعفر وأبي الخطاب في خلافه ووجدت ذلك منصوصاً عن أحمد في رواية ابن منصور في المضارب أيضاً في رجل دفع إلى آخر [ألف درهم] مضاربة فجاء بالف فقال هذا ربح وقد دفعت إليك ألفاً رأس مالك قال هو مصدق فيما قال ، ووجدت في مسائل أبي داود عن أحمد نحو هذا أيضاً ، وكذلك نقل عنه منها في مضارب دفع إلى رب المال كل يوم شيئاً ثم قال كان من رأس المال أن القول قوله مع يمينه وحكم الاجير المشترك حكم هؤلاء وكذلك من يعمل في عين بجزء من ثمنها لأنه إما أجير أو

شريك والفرق بينهم وبين المستأجر أن المستأجر قبض مال المؤجر ليستوفي منه حق نفسه فصار حفظه لنفسه وصار المال (١) في أيديهم أمانة لاحق لهم فيه وإنما حقهم فيما ينمي منه أوفى ذمة المالك فاما من يعمل في المال بجزء من عينه فهو كالوصي الذي يأكل من مال اليتيم القول قوله في الرد أيضاً صرح به القاضي لأن المال لم يقبضه لحق نفسه بل للحفظ على المالك وحقه فيه متعلق بعمله بخلاف المرتهن والمستأجر - ثم هاهنا أربعة أقسام

(أحدها) أن يدعى الأمين أنه رد الأمانة إلى من اتئمنه وهذا هو الذي ذكرناه

(والثاني) أن يدعى الرد إلى غير من اتئمنه باذنه فهل يقبل قوله على وجهين (أحدهما) وهو المنصوص وهو اختيار أبي الحسن التميمي أنه يتقبل قوله (والثاني) لا يقبل فقليل لتفريطه بترك الأشهاد على المدفوع إليه فلو صدقه الأمين على الدفع لم يسقط الضمان وقيل بل لأنه ليس أميناً للأموال بالدفع إليه فلا يقبل قوله في الرد إليه كالأجنبي وكل من [هذه] الأقوال الثلاثة قد نسب إلى الخرق بل ونسب إليه أن دعوى الوصي الرد إلى اليتيم غير مقبول كما سبق فربما أطرده هذا في دعوى الرد من جميع الأمانة إلى من اتئمنهم وهو بعيد جداً وربما اختص بالوصي لأن اتئمانه ليس من جهة الصبي فهو كالأجنبي معه هذا ، إذا ادعى الرد باذن المالك وإن ادعاه مع عدم اذنه فلا يقبل منه حتى ولا الاداء إلى الوارث والحاكم لأنها لم ياتئمنه نقله في التلخيص إلا أن يدعى الرد إلى من يده كيد المالك كوكيله أو رد الوديعة إلى عبده وخازنه ونحوهما ممن يحفظ ماله لأن أيديهم كيده ، ويتوجه في دعوى الرد إلى الحاكم والوارث بعد موت الموروث القبول لقيامها مقام المؤتمن وهو رد مبرى - القسم الثالث - أن يدعى غير الأمين كوارثه أن الأمين رد إلى المالك فلا يقبل لأنه غير مؤتمن فلا يقبل قوله ، ومن المتأخرين من خرج وجهاً بالقبول لأن الأصل عدم حصولها في يده وجعل أصل أحد الوجهين فيما إذا مات من كان عنده أمانة ولم توجد في تركته ولم يعلم بقاؤها عنده أنها لا تضمن ولا حاجة إلى التخريج إذا لأن الضمان على هذا الوجه منتف سواء ادعى الوارث الرد أو التلف أو لم يدع شيئاً .

القسم الرابع - أن يدعى من حكمه حكم الأمانة في سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد كوارث المودع ونحوه والملتقط بعد ظهور المالك ومن اطارت الريح إلى داره ثوباً إذا

(١) نسختا الدار : وهو لا المال

ادعوا الرد الى المالك ، ففي التلخيص لا يقبل لائن المالك لم يأت منه ويتوجه قبول دعواه في حالة لا يضمن فيها بالتلف لانه مؤتمن شرعا في هذه الحالة

تنبيه — عامل الصدقة مقبول القول في دفعها الى المستحقين ولو كذبوه بغير خلاف وان كان وكيلاً يجعل ذكره القاضى في الاحكام السلطانية لان الصدقة عبادة فلا استخلاف فيها ولذلك لا يستحاف أربابها اذا ادعوا الدفع الى العامل وانكر فكذلك العامل لانه أمين لأربابها فيقبل قوله عليهم في الرد وأما عامل الخراج فلا يقبل قوله في الدفع الا بيينة أو تصديق ذكره القاضى أيضاً وعلل بان الخراج دين فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه الى مستحقه وهذا التعليل منتقض بالوكيل في استيفاء دين ودفعه الى مستحقه فان قوله مقبول في ذلك، كما سبق والاظهر تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل فان كان متبرعا فالقول قوله وان كان يجعل فقيه وجهان وكذلك يخرج في عامل الوقف وناظره

﴿القاعدة الخامسة والأربعون﴾

عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدى فيها أم لا . المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) اذا تعدى في الوديعة بطلت ولم يجر له الامساك ووجب الرد على الفور لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد متجدد هذا هو المشهور ، ولو كانت عينين فتعدي في إحدهما فهل يصير ضامنا لها أو لما وجد فيه التعدي خاصة فيه تردد وذكره القاضى أبو يعلى الصغير وذكره ابن الزاغونى أنه اذا زال التعدي وعاد إلى الحفظ لم تبطل وقد يوجه بأن المالك أسند إليه الحفظ لرضاه بامانته فمتى وجدت الأمانة فالإسناد موجود لوجود علته فهو كما لو صرح بالتعليق فقال كلما خنت ثم عدت فانت أمين فانه يصح لصحة تعليق الإيداع على الشرط كالوكالة صرح به القاضى (ومنها) الوكيل اذا تعدى فالمشهور ان وكالته لا تنفسخ بل تزول أمانته ويصير ضامنا ولهذا لو باع بدون ثمن المثل صح وضمن النقص لأن الوكالة إذن في التصرف مع استئمان فاذا زال أحدهما لم يزل الآخر هذا هو المشهور على هذا فانما يضمن ما [وقع] فيه التعدي خاصة حتى لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه لانه لم يتعد في عينه ذكره في التلخيص ولا يزول الضمان عن عين ما وقع فيه التعدي بحال الا على طريقة ابن الزاغونى في الوديعة

وظاهر كلام كثير من الأصحاب أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير متصرفاً بمجرد الاذن ، وحكى ابن عقيل في نظرياته وصاحب المحرر وجهاً آخر وبه جزم القاضى في خلافه أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان والاذن في التصرف كان منوطاً به (ومنها) الشركة والمضاربة إذا تعدى فيها فالمعروف من المذهب أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه بقاء الاذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة (ومنها) الرهن اذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقي مضموناً عليه ولم تبطل توثيقته وحكى ابن عقيل في نظرياته احتمالاً بطلان الرهن وفيه بعد لأنه عقد لازم وحق للمرتهن على الراهن لاسيما إن كان مشروطاً في عقد وقلنا يلزم بمجرد العقد فان الراهن يجبر على تقييده فكيف يزول بالتعدى (ومنها) اذا استأجره لحفظ شيء مدة لحفظه في بعضها ثم ترك فهل تبطل الاجارة فيه وجهان قال ابن المثنى أصحابها لا تبطل بل يزول الاستئمان ويصير ضامناً . وفي مسائل ابن منصور عن أحمد اذا استأجر أجيراً شهراً معلوما فجاء اليه في نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار والوجه الآخر يبطل العقد فلا يستحق شيئاً من الاجرة بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق اجرة وبذلك أفتى ابن عقيل في فتوته (ومنها) الوصى اذا تعدى في التصرف فهل يبطل كونه وصياً أم لا ذكر ابن عقيل في المفردات [فيه] احتمالين أحدهما لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامناً كالوكيل والثاني تبطل لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط فزالت ولايته بالتفريط شرطها كالحاكم اذا فسق . وفرض المسألة فيما اذا قدم على البيع بدون قيمة المثل وعلى هذا يتخرج بيع العدل الذى يده الرهن له بدون ثمن المثل أو الثمن المقدر هل يصح أم لا لأن الأمانة معتبرة فيه ، واختيار صاحب المغنى أنه لا يصح بيعه بدون ثمن المثل لكنه علل بمخالفة الاذن وهو منتقض بالوكيل . ولهذا الحقه القاضى في المجرد وابن عقيل في الفصول ببيع الوكيل فصحيحاً وضمناءه النقص ومثله اجارة الناظر للوقف بدون اجرة المثل .

﴿ القواعد السادسة والأربعون ﴾

في العقود الفاسدة هل هي منعدمة أو لا وهي نوعان: أحدهما العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة . وقد ذكرنا آنفاً أن افسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالاذن لكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة الا مقيدة بالفساد . وصرح القاضى في خلافه بأنه لو حلف على الشركة الفاسدة من أصلها أنها شركة حثت قال ويمنع من التصرف فيها والمنع من

التصرف مع القول بنفوذه وبقاء الاذن مشكل لاسيما وقد قرر أن العامل يستحق المسمى والنوع الثاني : العقود اللازمة فما كان منها لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالأحرام فهو منعقد لأنه لا سبيل إلى التخلص منه إلا بإتمامه أو الإحصار عنه ، وما كان العبد متمكنا من الخروج منه بقوله فهو منقسم إلى قسمين : أحدهما ما يترتب عليه حكم مبنى على التغليب والسراية والنفوذ فهو منعقد وهو النكاح والكتابة يترتب عليهما الطلاق والعق فاقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد ففي النكاح يجب المهر بالعقد حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه ويستقر بالخلوة وتعتمد فيه من حين الفقرة لامن حين الوطء وتعتمد للوفاة فيه قبل الطلاق وفي الكتابة تستتبع الأولاد والأكساب والثاني : ما لا يترتب عليه ذلك كالبيع والإجارة قاطب معروف من المذهب أنه غير منعقد ويترتب عليه أحكام الغصب وخروج أبو الخطاب في انتصاره صحة التصرف في البيع الفاسد من النكاح واعترضه أحد الحنابلة في تعليقه وقال النكاح الفاسد منعقد فلهذا صح التصرف فيه بخلاف البيع ولكن أبو الخطاب قد لا يسلم انعقاد النكاح الفاسد ولا غيره لأنه يرى أن المجامع يحل من أحرامه وإن الطلاق في النكاح الفاسد إنما يقع ممن يعتقد صحته فمن هنا حسن عنده هذا التحريم إذ البيع والنكاح في هذا على حد واحد وأبدي ابن عقيل في عمده احتمالا بنفوذ الإقالة في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد قال ويفيد ذلك أن حكم الحاكم بعد الإقالة بصحة العقد لا يؤثر . وذكر ابن عقيل وغيره وجهين في نفوذ العتق في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد وفرق بينهما على أحد الوجهين بأن الطلاق يسقط به حق نفسه فنفذ بخلاف العتق فإنه يسقط به حق غيره وهو البائع وهذا كله يشعر بانعقاد البيع وذكر ابن عقيل في فصوله احتمالا في ما إذا قال لغيره بعد نداء الجمعة اعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل هل ينفذ عتقه عن نفسه أو عن الأمر له ولكن هذا عقد موزع للعتق والمملك تابع [له] فهو كالكتابة بخلاف البيع فإن قيل فهل لا قلتم أن صحة التصرف في البيع الفاسد مستند إلى الاذن كما في العقود الجائزة إذا فسدت قيل ذلك لا يصح لوجهين :

(أحدهما) أن البيع وضع لنقل الملك لا للاذن وصحة التصرف فيه تستفاد من الملك لامن الاذن بخلاف الوكالة فإنها موضوعة للاذن ، يوضحه أن الموكل أذن لوكيله أن يتصرف له وقد فعل ما أمره والبائع إنما أذن للمشتري في التصرف لنفسه بالمملك ولأملك ههنا ، (والثاني) أن الاذن في البيع مشروط بسلامة عوضه فإذا لم يسلم العوض انتفى الاذن والوكالة اذن مطلق بغير شرط .

(القاعدة السابعة والأربعون)

في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده .
وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده . ونعني بذلك أن العقد الصحيح اذا
كان موجباً للضمان فالفساد كذلك واذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفساد كذلك فالبيع
والاجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد . والامانات كالمضاربة والشركة
والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة . فكذلك مع الفساد
وكذلك الصدقة ، فاما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقتلناه الرجوع به أنه اذا
تلف ضمنه القابض فليس من القبض الفاسد بشيء لأنه وقع صحيحاً ولكنه مراعى فإن بقي النصاب
تبيناً أنه قبض زكاة ، وان تلف تبيناً أنه لم يكن زكاة فيرجع بها . نعم اذا ظهر قابض الزكاة
من لا يجوز له أخذها فانه يضمها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز
له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد . وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح
وضمن في مثلها من الفساد فان البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة ، وانما يضمن العيز بالثمن .
المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الاجرة فيه على المذهب . والاجارة الصحيحة تجب [فيها]
الاجرة بتسايم الدين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع ، وفي الاجارة الفاسدة
روايتان : إحداهما كذلك والثانية لا تجب الاجرة إلا بالاتفاق ، ولعلها راجعة الى أن المنافع
لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالاتفاق وهو الأشبه . وكذلك يخرج في ضمان منفعة المبيع
ههنا ، ولكن نقل [جماعة] عن احمد ما يدل على ان الاجارة الصحيحة لا تجب فيها الاجرة إلا
بقدر الاتفاق اذا ترك المستأجر بقية الاتفاق بعذر من جهته ، وتناولها القاضي وابن عقيل وأقرها
صاحب شرح الهداية والقاضي أيضاً في بعض تعاليقه والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة
بدون الوطء . وفي النكاح الفاسد روايتان أيضاً وقد قيل إن ذلك مبني على أن البضع هل يثبت
عليه اليد أم لا . وقد نقل عن احمد فيما اذا نكح العبد نكاحاً فاسداً أنه لا مهر لها وهو محمول على
أنه لم يوجد دخول أو على أنها كانا عالين بالتحريم فتكون زانية . ونقل ابن مشيش وحرب عنه
أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع ، وقد سبق ذلك والعمل في
المذهب على خلافه ، اذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمي فيه أو بقيمة المثل فيه
خلاف في مسائل :

(منها) المبيع والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى [فيه] نص عليه احمد في رواية ابن

منصور وأب طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به في ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان وإنما يترتب الضمان بأمر آخر طار على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل كمالو اتفاقاً على ضمان العارية عند اقباضها بشئ ثم تلفت فإنه يلغى المتفق عليه ويجب المثل أو القيمة كذلك هنا، وحكى القاضى في المجرد وابن عقيل في الفصول في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز أن المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقي الدين وقال أنه قياس المذهب أخذاً له من النكاح قال لأن اقباضه إياه اذن له في اتلافه بالعوض المسمى فأشبهه ماله قال له اتلفه بألف درهم فأتلفه فإنه لا يستحق [عليه] غير مسمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى إنما جعل عوضاً عن الملك لا عن الاتلاف ولم يتضمن العقد اذناً في الاتلاف إنما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وإنما وجب الضمان بسبب متجدد (ومنها) الاجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل ايضاً وبترجى على قول أبي بكر أنها تضمن بالأجرة المسماة والقول فيها كالقول في البيع سواء (ومنها) الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فإذا أدى مسمى فيها حصل العتق ولم يازه ضمان قبضته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد، واتفق الأصحاب على ذلك لكن المتأخرون زعموا أن الكتابة الفاسدة تعلّق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريرها كما قال أحمد ان أعطيتني خيراً فانت حر فأنطاه عتق اوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده ان الكتابة عقد معاوضة أبدأ وهو اختيار ابن عقيل وهو الأظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لا ينعقد بعوض محرم بل هو عنده باطل (ومنها) النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد وهي المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى واختارها القاضى وأكثر اصحابه في كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساد منه عقد، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوه فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح. وضح ان ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فان ضمانه ضمان عقد، وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذاً من رواية المروذى عنه في عبد تزوج بغير اذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخمسين، وأنا أذهب الى ان يعطى شيئاً فلم يوجب المسمى وهو اختيار الخرق وصاحب المغنى، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها [أن] لها المهر بما استحل منها فوجب المهر بالاستحلال وهو الاصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وإنما

وجب بالوطء والواجب بالوطء مهر المثل. وهذا ضعيف فان الاستحلال يحصل بمحاولة الحل وتحصيله وان لم يوجد الوطء. وقد يطلق على استحلال ما لم يحل من الأجنبية مثله وهو الخلوة او المباشرة وذلك مقرر عندنا للمهر. وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الملاءن مثل ذلك وليس محولا عندنا الا على [مثل] ما ذكرنا لا على حقيقة الوطء، فاما عقود المشاركات اذا فسدت كما بالشركة والمضاربة فهل يجب المسمى فيها أو أجره المثل فيه خلاف بين الأصحاب وليس ذلك مما نحن فيه لأن كلامنا في ضمان القابض بالعقد الفاسد وهذه العقود لا ضمان فيها على القابض، وانما يجب له فيها العوض بعمله أما المسمى وأما أجره المثل على خلاف فيه.

﴿ القاعدة الثامنة والأربعون ﴾

كل من ملك شيئا بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد ويترد هذا في البيع والسلم والقرض والاجارة فيملك المستأجر المتافع والمؤجر الأجرة بنفس العقد، وكذلك في النكاح في ظاهر المذهب فيملك الزوج منفعة البضع بالعقد وتملك المرأة به الصداق كله وكذلك الكتابة تملك العبد منافعه واكتسابه وتملك دايه النجوم بنفس العقد، وكذلك الخانع والاعتناق على مال، وكذلك المعاوضات القهرية كما أخذ المضطر طعام الغير وأخذ الشفييع الشقة ونحوهما، وأما تسليم العوضين فمضى كان أحدهما مؤجلا لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر وان كانا حالين ففي البيع ان كان الثمن ديناً في الذمة فالمذهب وجوب قباض البائع أولا لأن حق المشتري يتعلق بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنده على الثمن على المنصوص لأنه صار في يده أمانة فوجب رده بالمطالبة كسائر الأمانات، واختار صاحب المغنى أن له الامتناع من قبضه حتى يحضر الثمن لأن في تسليمه بدون الثمن ضرر رأ بفوات الثمن عليه فلا يلزم تسليمه حتى يحضره وقال أبو الخطاب في اتصاره: الصحيح عندي أنه لا يلزمه التسليم حتى يتسلم الثمن كما في النكاح وان كان ديناً فلهما سواء ولا يجبر أحدهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عند التنازع من يقبض منهما ثم يقبضهما فان كان هناك خيار لهما أو لاحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ذكره القاضي في الاجارات من خلافه وصرح به الأزرقي في نهايته ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون اذن صريح من البائع نص عليه احمد في رواية ابن الشاذلي (١). وأما في الاجارة فالمذهب أنه لا يجب تسليم الاجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها كما لا يجب دفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع ومتى تسلم العين وجب عليه تسليم الاجرة لتمكنه من

(١) بدون ابن في نسختي الدار

الاتّفاع بقبضها نص عليه أحمد ، وقال القاضي في تعليقه إن الأجير يجب دفع الأجرة إليه إذا شرع في العمل لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة فهو كالتسليم الدار المؤجرة . ولعله يخص ذلك بالأجير الخاص لأن منافعه تناف تحت يد المستأجر فهو شبيه بتسليم العقار ، وقال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجرة عند إيفاء العمل وإن استؤجر في كل يوم باجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وظاهر هذا أن المستأجر للعمل مدة يجب له أجرة كل يوم في آخره لأن ذلك مقتضى العرف ، وقد يحمل على ما إذا كانت المدة مطابقة غير معينة كما استجاره كل يوم بكذا فانه يصح ويثبت له الخيار في آخر كل يوم فيجب له الأجرة فيه لأنه غير ملزوم بالعمل فيما بعده ولأن مدته لا تنتهي فلا يمكن تأخير إعطائه إلى تمامها أو على أن المدة المعينة إذا عينا لكل يوم منها قسطاً من الأجرة فهي إيجارات متعددة وأما النكاح فتستحق المرأة فيه المهر بالعقد ولها الامتناع من التسليم حتى تقبضه في المذهب ذكره الخرقى والأصحاب ، ونقله ابن المنذر اتفاقاً من العلماء وعلماء الأصحاب بأن المنفعة المعقود عليها تناف بالاستيفاء فإذا تعذر استيفاء المهر عليها لم يمكنها استرجاع عوضها بخلاف المبيع فذلك ما كتبت الامتناع من التسليم حتى تقبضه وهذه العلة موجودة فيما لا يتبأنى من المبيع من المطاعم والماشروبات والفواكه والرياحين . بل في سائر التجارة أيضاً . وهذا مما يرجح ما اختاره أبو الخطاب وأيضاً فطرد هذا التعليل أن يجوز الامتناع من تسليم العين المؤجرة حتى تستوفي الأجرة لأن المعقود عليه يتاف أيضاً ويستهلك فلا يمكن استرداده عند تعذر الوصول إلى الأجرة لكن قد يفرق بينهما بأن الزوج إذا تسلم المرأة فانه يستوفي في الحال ما يستقر به المهر فإذا تعذر أخذ المهر منه فأتت على الزوجة المهر وما قابله ، وأما في الإجارة فإذا تسلم المستأجر العين المؤجرة فالمؤجر المطالبة حينئذ بالأجرة فإن تعذر حصولها ذلك المبلغ فيرجع إلى المؤجر ما خرج عنه أو غالبه وهذا إذا كانت الزوجة ممن يمكن الاستمتاع بها فإن كانت لا تصالح لذلك فقال ابن حامد وغيره لها المطالبة به أيضاً ورجع صاحب المغنى خلافه وخرجه صاحب الترغيب عما حكى الآمدي أنه لا يجب البداية بتسليم المهر بل يعدل كالثمن المعين فلا يلزم تسليم المهر إلا عند التمكن من تسلم العوض المعقود عليه وقال الشيخ تقي الدين الأشبه عندي أن الصغيرة تستحق المطالبة لها بنصف الصداق لأن النصف يستحق بإزاء الحبس وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بإزاء الدخول فلا تستحقه إلا بالتمكن أما لو استقر المهر بالدخول ثم نشزت المرأة فلا نفقة لها ولها أو لوليها أو سديها إن كانت أمة المطالبة بالمهر ذكره أبو بكر وغيره لأن وجوبه استقر بالتمكن فلا يؤثر فيه ما طرأ عليه بعده

(القاعدة التاسعة والأربعون)

القبض في العقود على قسمين :

أحدهما : أن يكون من موجب العقد ومقتضاه كالبيع اللازم والرهن اللازم والهبة اللازمة والصداق وعوض الخلع فهذه العقود تلزم من غير قبض ، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها الثاني : أن يكون القبض من تمام العقد كالقبض في السلم والربويات وفي الرهن والهبة والوقف على رواية والوصية على وجه وفي بيع غير المعين أيضا على خلاف فيه ، فأما السلم فمضى تفرقا قبل قبض رأس ماله بطل وكذلك في الربويات ، وأما الرهن والهبة فهل يعتبر القبض فيهما في جميع الأعيان أو في المبهم غير المتميز كقفيز من صبرة على روايتين ، وأما الوقف ففي لزومه بدون إخراج الوقف عن يده روايتان معروفتان ، وأما الوصية فهل تلزم بالقبول في المبهم فيه وجهان . واختار القاضي وابن عقيل أنها لا تلزم فيه بدون قبض ، وخرج صاحب المغنى وجهًا ثالثًا أنها لا تلزم بدون القبض مطلقا كالهبة ، وكذلك حكى صاحب المغنى وغيره وجهين في رد الموقوف عليه المعين للوقف هل يبطل برده ، وصرح القاضي في المجرد بأن الملك فيه لا يلزم بدون القبض وأما المبيع المبهم فذكر القاضي في موضع أنه غير لازم بدون القبض وذكر في موضع آخر [أنه] لازم من جهته [ولم يتعرض للمشتري ولعله جملة غير لازم من جهته البائع] لأنه لم يدخل في ضمانه بعد واختار صاحب المغنى أنه لازم في حقهما جميعا وقال هو ظاهر كلام الخرقي

واعلم أن كثيرا من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبرا للزومها واستمرارها لا لانعقادها وإنشائها ومن صرح بذلك صاحب المغنى وأبو الخطاب في انتصاره وصاحب التلخيص وغيرهم ، ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطا للصحة ومن صرح بذلك صاحب المحرر فيه في الصرف والسلم والهبة ، وقال في الشرح : مذهبا أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض وفرع عليه إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر والعبد موهوب لم يقبض ثم قبض وقتلنا يعتبر في هبته القبض فقطرته على الواهب . وكذلك صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالايجاب في غيرها وكلام الخرقي يدل عليه أيضا ، وكذلك ذكر القاضي أن القبض شرط في صحة الصرف والسلم وصرح به كثير من الأصحاب ، ولكن صاحب المحرر لم يذكر في الرهن إلا أن القبض شرط للزومه ، وصرح أبو بكر بأنه شرط لصحته وأن الرهن يبطل بزواله وكذلك صاحب المحرر في شرح الهداية والشيرازي وغيرهما . وأما القرض والصدقة والزكاة وغيرها ففيها طريقان أحدهما لا يملك إلا بالقبض رواية واحدة وهي طريقة المجرد

والمبهيج ونص عليه أحمد في مواضع ، والثانية أنه في المهم لا يملك بدون القبض بخلاف المعين فإنه يملك فيه بالعقد وهي طريقة القاضى في خلافه وابن عقيل في مفرداته والحاوانى وابنه إلا أنهما حكيا في المعين روايتين كالهبة ، وأما السهم من الغنيمة فيملك بدون القبض إذا عينه الإمام بغير خلاف صرح به الحاوانى وابن عقيل وغيرهما ، وأما العارية فلا تملك بدون القبض إن قيل أنها هبة منفعة وتخرج القاضى فيها رواية أخرى أنها تملك بمجرد العقد كهيئة الأعيان ونزاه إذا كانت مؤقتة وإن قيل هي إباحة فلا ينصل الملك فيها بذلك بل يستدرك على ملك المالك كالمالك الصغير قال الشيخ نفى الدين النعمانية أن يقال في هذه العقود إذا لم ينصل القبض فلا بد ، وإن كان بعض الفقهاء يقول يقال العقد فكما يقال إذا لم يغبل المأطاب يقال لا يتوجب ، وهذا مما لا بد من أن يتم لا بطلان ما تم انتهى ، ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الإيجاب والذيل كما يتوقف انعقاد الشكاح معهما على الشهادة . وفي الهبة وجه ثالث حكى من ابن حاتم أن الملك فيها يقع مراعى فإن وجد القبض تدبنا أنه كان للموهوب بقبوله وإلا فهو للواهب ، وفرع على ذلك حكم الفطرة وقد يطرد قوله بالوقف والمراعاة إلى بقية هذه العقود . وأما البيع الذى يعتبر له القبض نفى كلام أبى بكر ما يدل على أنه لا انعقد بدون القبض أيضا فإنه قال إذا اشتراه كيلا فلا يقع بينهما إلا كيلا وتأوله القاضى على نفى الضمان وهو بعيد قال لأن أحمد قيل له في رواية ابن مشيش أليس قد سلمك المشتري قال بلى ولكن هو من مال البائع يعنى إذا تلف ، قلت : ولكن صرح أحمد في رواية ابن منصور بانتقال الملك قبل القبض فقال أما ما يكال ويوزن فلا بد للبائع أن يوفيه المبتاع لأن ملك البائع فيه قائم حتى يوفيه المشتري وما لا يكال ولا يوزن إذا كان معاوما فهو ملك للمشتري فما لزمه من شيء فهو عليه ، وقال أيضا فى طعام اشترى بالصنفة ولا يحول البائع الثمن والبائع مالك بعد ما لم يكله المشتري وهذا صريح لا يمكن تأويله ، فيكون إذا عن أحمد فى انتقال الملك فى بيع المكيل والموزون بدون القبض روايتان .

﴿ القاعدة الخمسون ﴾

هل يتوقف الملك فى العقود القهرية على دفع الثمن أو يقع بدونه مضموناً فى الزمة هذا على

ضريين :

أحدهما التملك الاضطرارى كمن اضطر الى طعام الذير ومنحه وقدر على أخذه فإنه يأخذه

مضموناً سواء كان معه ثمن يدفعه فى الحال أولا لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك

والثاني : ما عده من التمليكات المشروعة لازالة ضرر ما كالاخذ بالشفعة وأخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر والزرع من الغاصب وتقويم الشقص من العبد المشترك اذا قيل إنه تملك يقف على التقويم، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن يتخرج ذلك كله على وجهين فإن لأصحابنا في الأخذ بالشفعة وجهين :

أحدهما : لا يملك بدون دفع الثمن وهو محكى عن ابن عقيل ويشهد له نص أحمد أنه اذا لم يحضر المال مدة طويلة بطلت شفעתه .

والثاني : تملك بدونه مضموناً في الذمة، ونص أحمد في فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن قال أبو طالب : قلت لأحمد يقولون اذا كان له الخيار فتي قال اخترت دارى أو أرضى فالخيار له ويطلب بالثمن قال [كيف] له الخيار ولم يعطه ماله ليس هذا بشئ ان أعطاه فله الخيار وان لم يعطه ماله فليس له الخيار ، واختار الشيخ تقي الدين ذلك ، وقد يتخرج مثله في سائر المسائل لأن التسليط على اتزاع الاموال قهراً ان لم يقرن به دفع العوض والا حصل به ضرورة فساد. وأصل الاتزاع القهرى انما شرع لدفع الضرر والضرر لا يزال بالضرر ، وقد يفرق بين مسألة أبى طالب وبقيّة المسائل بأن البائع لو فسخ من غير دفع الثمن اجتمع له العوض والمعوض ، وذلك ممتنع ولا يوجد مثله في بقية الصور اذا كثر ما فيها التملك ويعوض في الذمة وهو جائز كالقرض وغيره .

تنبيه - الاملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها وتملك الا يملك بها ، أما الاول فيحصل التملك القهرى بالاستيلاء على ملك الغير الاجنبى بخلاف الاختيارى ، وأما الثانى فالتملك القهرى كالأخذ بالشفعة هل يشترط منفعتة كالبيع أم لا لأنه قهرى كالميراث قال فى التلخيص فيه تردد ، وأما الثالث . فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن للتملك القهرى ، وللمشتري حبس الشخص المشفوع على دفع الثمن ، وان قلنا يملك بدونه وينفذ تصرف الشفيع فيه قبل قبضه ، وهل يثبت له فيه خيار المجلس على وجهين قال فى التلخيص ويخرج التردد فى الجميع نظرا الى الجهتين . وأما الرابع فيملك الكافر العبد المسلم بالارث ويرده عليه بعيب ونحوه فى أحد الوجهين وباستيلاء المسلم أمته وبالقهر ، وكذلك تملك المصاحف بهذه الأسباب وهل يملك أم ولد المسلم بالقهر على روايتين وتملك بالميراث الخمر والكلب . كذا الصيد فى حق المحرم على أحد الوجهين ولا يملك ذلك كله بالاختيار .

(القاعدة الحادية والخمسون)

فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان ماله وما لا يعتبر له الملك يقع تارة بعقد وتارة بغير عقد والعقود نوعان :

أحدهما - عقود المعاوضات المحضة فينتقل الضمان فيها الى من ينتقل الملك اليه بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة اذا تميز المعقود عليه من غيره وتعين فأما المبيع المبهم غير المتعين كقفيز من صبرة فلا ينتقل ضمانها بدون القبض وهل يكفي كيلا وتمييزه أم لا بد من نقله وحكي الاصحاح فيه روايتين ثم لهم طريقان : منهم من يقول هل التولية قبض في جميع الاعيان المبعة أم لا بد من نقله ، حكي الاصحاح فيه روايتين ، ومنهم من يقول التولية قبض في المبيع المتعين رواية واحدة ، وفيما ليس بمتعين اذا عين وخلي بينه وبينه روايتين وكلا الطريقين مسلك القاضي في خلافه وله طريقة ثالثة سلكها في المجرد أن الكيل قبض للمبهم رواية واحدة ، وذكر قول أحمد في رواية [محمد بن] (١) الحسن بن هارون قبضه كيلا والتولية قبض في المعينات على روايتين وهذه أصح (٢) بما قبلها وقد فرق أحمد بين المبهم فجعل قبضه كيلا وبين الصبرة فجعل قبضها نقلها في رواية الأثرم لأن المبهم اذا كيل فقد حصل فيه التميز وزيادة وهي اعتبار قدره وكلاهما من فعل البائع وهو الواجب عليه ولم يوجد في بقية المعينات شيء من ذلك سوى تمييزها بنفسها ، وعلى الطريقة الأولى فيكون بعد كيلا وتمييزه كسائر الاعيان المتميزة وما عدا ذلك من الاعيان المتميزة فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد في ظاهر المذهب انمكنه من قبضه التام بالحيازة وقد انقطعت علق البائع منه لأن عليه تسليمه والتسكين من قبضه وقد حصل ، الا اثر المشتري في رءوس شجره فان المشتري لا يتمكن من تمام (٣) قبضه في الحال بحيازته اليه ؛ وكذلك ما لا يتأق نقله في ساعة واحدة لكثرتة فانه لا ينتقل الى ضمانه الى المشتري الا بعد مضي زمن يتأق فيه نقله عادة صرح به القاضي وغيره فالناقل للضمان هو القدرة التامة على الاستيفاء والحيازة وحكم المبهم المشتري بعدد او ذرع كذلك وانكر أحمد في رواية ابن منصور دخول المعدود فيه ولعل مراده اذا اشترى صبرة ، وأما المشاع فكالمتعين لأن تسليمه يكون على هيئة لا يقف على

(١) الزيادة عن نسختي الدار (٢) نسختا الدار : أوضح (٣) نسختا الدار : كمال

افرازه كذلك ذكره القاضي وابن عقيل والصيرة المتبعة كيلا أو وزنا كالفيز المهم عند الخرق وأبي بكر والأكثرين لأن علق البائع لم تنقطع منها ولم تتميز فان زيادتها له ونقصها عليه وفي التلخيص ان بعض الاصحاب خرج فيها وجها بالحاقها بالعبد والثوب بناء على ان العلة اختلاط المبيع بغيره. قال وهو ضعيف، قال: واستثنى بعض أصحابنا منها المتعينات في الصرف لقوله عليه [الصلاة والسلام] اهـ وهما وهما مراده: أن الشارع اعتبر له القبض فالتحق بالمبهمات ونقل صالح عن أحمد فيمن اشترى عبدا فمات في يد المبتاع هو من مال المبتاع الا ان يقول المبتاع تسلمه فلا يتسلمه وظاهر هذا أنه يكون من ضمان البائع الا ان يمتنع المشتري من تسلمه بعد عرضه عليه فيدخل في ضمانه، ونقل حنبل عنه اذا عرضه البائع عليه ولم ينقده الثمن فتلف فهو من مال البائع، وان نقده الثمن وتركه عنده فهو من مال المشتري، ويلتحق بهذه المضمونات من المبيع ما اشترى بصفة أو رؤية سابقة على العقد لأن الغيبة مانعة من التمكن من القبض، فأما المبيع في مكان أو زمان يغلب فيه هلاك السلعة فهل يكون مضمونا على البائع مطلقا أم لا هذه مسألة تباع الغنيمة بعد القسمة في دار الحرب اذا غاب عليها العدو بعد ذلك وعن أحمد في ضمانها روايتان، كذا حكى الاصحاب ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده [وظاهر] كلام ابن عقيل التفريق وأنه قبل القبض من ضمان البائع قولا واسدا كالبئر المداق في رومس الشجر لتعرضه للآفات وفيه نظر فان الثمر لم ويتمكن المشتري من قبضه تاما بخلاف المبيع المدين في دار الحرب، وخص أكثر الاصحاب ذلك بمال الغنيمة لأن طالب الكفار لها شديد وحرصهم على استردادها معاوم بخلاف غيرها من أموال المسلمين وحكى ابن عقيل في تباع المسلمين أهوالهم بينهم بدار الحرب اذا غاب عليها العدو قبل قبضه وجهين كمال الغنيمة فأما ما يبيع في دار الاسلام في زمن نهب ونحوه فمضمون على المشتري قولا واحدا ذكره كثير من الاصحاب كشراء من يغلب على الظن هلاكه كريض ميثوس منه أو مرتد أو قاتل في محاربة أو في زمن طاعون غالب، ويحتمل في هذا أن يفرق بين التلف قبل القبض وبعده فأما الأعيان المماوكة بعقد غير البيع كالصالح والنكاح والخلع والعق ونحو ذلك فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الاصحاب (١) قال في المغنى ليس فيه اختلاف، وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية بأن الصداق مضمون على الزوج قبل القبض مطلقا فانه نص فيما اذا أصدقها غلاماً ففقت عينه قبل أن تقبضه أن عليه ضمانه وتأولها القاضي على أن الزوج فقاً عينه

او انه امتنع من التسليم حتى فقئت عينه فيكون ضامناً بلاريب ويمكن ان يخرج من هذا رواية بأن ضمان جميع الاعيان لا تنتقل الا بالقبض في البيع وغيره وخرجها بعض الاصحاب رواية عن احمد من نهي عن ضمان صبر الطعام على البائع قبل القبض فمن الاصحاب من تأولها على انها بيعت كجلا، ومنهم من أقرها رواية في المكيل والموزون وإن بيع جزافاً، ومنهم من خرج منها رواية في جميع الاعيان المتميزة وماخذ ذلك ان علق الملك لا تنقطع عنه بدون القبض لان تسليمه واجب عليه بحق العقد ولم يوجد فلم تتم أحكام العقد فكان مضموناً على المملك وهذه شبه ابن عقيل التي اعتمدها في أن ضمان جميع الاعيان على البائع قبل القبض وهي ضعيفة فان البائع عليه التمكين من القبض وهو معنى التسليم فاذا وجد منه فقد قضى ما عليه، وأما النقل فهو على المشتري دون البائع وهو واجب عليه لتفريغ ملك البائع من ملكه، فكيف يكون تعديه بشغل ارض المالك بما حقه من غير اذنه او مع مطالبته بتفريغه موجبا للضمان على البائع، ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود بأن المهر في النكاح ليس بعوض أصلي بل هو شبهة بالهبة، ولهذا سماه الله نحلة فلا ينتقل ضمانه الى المرأة بدون القبض كالهبة والصدقة والزكاة، وهذا كله في الاعيان. فأما المنافع في الاجارة فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض او التمكين منه او تفوته باختياره فان استوفى المنافع فلا كلام وان تمكن من استيفائها بقبض العين او تسليم الأجير الخاص نفسه تلفت من ضمانه ايضاً لتمكنه من الانتفاع.

والنوع الثاني: عقود لامعاوضة فيها كالصدقة والهبة والوصية، فالوصية تملك بدون القبض والهبة والصدقة فيهما خلاف سبق فاذا قيل لا يملك بدون القبض فلا كلام لكن هل يكفي بالقبض فيها بالتخلية على رواية كالبيع ام لا بد من النقل، جمهور الاصحاب على تسوية الرهن والهبة بالبيع في كيفية القبض، واختار صاحب التلخيص أنه لا يكفي التمكين ههنا في الازوم ففي أصل الملك أولى قال لأن القبض هنا سبب الاستحقاق بخلاف القبض في البيع فان العقد سبب لاستحقاق القبض فيكفي فيه التمكن، وان قيل يحصل الملك بمجرد العقد فلا ينبغي ان يكون مضموناً على المملك اذا تلف في يده من غير منع لأنها عقود بر وتبرع فلا يقتضى الضمان وكلام الاصحاب يشهد لذلك.

وأما الوصية اذا ثبت الملك للموصى له اما بالموت بمجرد من غير قبول او بالموت مراعى بالقبول او بالقبول من حينه دون ما قبله على اختلاف الوجوه في المسألة فان ضمانه من حين القبول

على الموصى له من غير خلاف فعله اذا كان متمكناً من قبضه وأما [ما] قبل القبول ففيه وجهان :
أحدهما : أنه من ضمان الموصى له أيضاً وهو ظاهر كلام أحمد والخرقي وصرح به القاضي وابن
عقيل في كتاب العتق ، وكذلك صاحب المغنى والترغيب وغيرهم ، ولم يحكوا فيه خلافاً . وهذا لأننا
ان قلنا يملكه بمجرد الموت أما مع القبول [أو] بدونه فهو ملكه فإذا تمكن من قبضه كان عليه ضمانه كما
لو ملكه بهبة أو غيرها من العقود ، وإن قلنا لا يملكه إلا من حين القبول فلأن حقه تعلق بالغير (١)
تعلقاً يمنع الورثة من التصرف فيه فأشبهه العبد الجاني إذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه حتى نقص
أو تلف ولأن حق الموصى له في التملك ثابت لا يمكن إبطاله فكان ضمان النقص عليه وإن لم يحصل
له الملك كما في ربح المضاربة إذا قلنا لا يملك إلا بالقسمة ونصف الصداق إذا قلنا لا يملك إلا
بالتملك والمغانم إذا قلنا لا يملك بدون القسمة بخلاف بقية العقود فإن الحق فيها يمكن إبطاله .
والوجه الثاني : لا يدخل في ضمانه إلا بالقبول على الوجوه كلها وهو المجزوم به في المحرر لأنه إن
قيل لا يملك إلا من حينه فواضح لأنه لم يكن قبل ذلك على ملكه فلا يحسب نقصه عليه ، وإن
قيل يملكه بالموت فالعين مضمونة على التركة بدليل مالو تافقت قبل القبول فإنها تلف من التركة
لأن مال الموصى له فكذلك أجزاؤها ، لأن القبول وإن كان مثبتاً للملك من حين الموت إلا أن
ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول والمعدوم حال القبول لا يتصور الملك فيه فلا يثبت فيه
ملك ، نعم إن قيل يملكه بمجرد الموت من غير قبول فينبغي أن يكون من ضمانه (٢) بكل حال كالوروث
وهذا كله في المملوك بالعقد فأما مملك بغير عقد فتوابعان :

أحدهما : الملك القهرى كالميراث وفي ضمانه وجهان أحدهما أنه يستقر على الورثة بالموت إذا
كان المال عيناً حاضرة يتمكن من قبضها قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مائتي دينار
وعبداً قيمته مائة دينار وأوصى لرجل بالعبد فسرقته الدنانير بعد موت الرجل وجب العبد للموصى له
وذهبت دنانير الورثة وهكذا ذكر الخرقي وأكثر الأصحاب ، لأن ملكهم استقر بثبوت سببه
أذ هو لا يخشى انفساخه ، ولا رجوع لهم بالبذل على أحد فأشبهه ما في يد المودع ونحوه بخلاف
المملوك بالعقود لأنه إما أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع بيده فلذلك اعتبر له القبض
وأيضاً فالمملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكن من القبض فالميراث أولى ، وقال القاضي
وابن عقيل في كتاب العتق لا يدخل في ضمانهم بدون القبض لأنه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا
به فأشبهه الدين والغائب ونحوهما ما لم يتمكنوا من قبضه ، فعلى هذا إن زادت التركة قبل القبض

(١) نسختا الدار بالعين (٢) نسختا الدار أن يكون ضمانه عليه بكل حال

فالزيادة للورثة ، وإن نقصت لم يحسب النقص عليهم وكانت التركة ما بقي بعد النقص حتى لو تلف المال كله سوى القدر الموصى به صار هو التركة ولم يكن للموصى له سوى ثلثه إلا أن يقال إن الموصى له يملك الوصية بالموت بمجرد أومرأى بالقبول فلا نزاعه الورثة لأن ماسكه سبق استحقاقهم لمزاحمته بالنقص فيتختص به كما لو لم يتلف المال إلا بعد قبوله ، وعلى ذلك خرج صاحب الترغيب وغيره كلام أحمد في رواية ابن منصور ، والأصل أصح لأن الموصى له تمكن من أخذ العين الموصى بها مع حضور التركة والتمكن [من] قبضها بغير خلاف ولو لم يدخل في ضمانهم إلا بالقبض لم يمكن أن يأخذ من الدين أكثر من ثلثها وتوقف قبض الباقي على قبض الورثة فكلما قبضوا شيئا أخذ من الموصى به بقدر (١) ثلثه كما لو كانت التركة ديناً أو غائباً لا يتمكن من قبضه

والنوع الثاني : ما يحصل بسبب الأذى (٢) يترتب عليه الملك فإن كان حيازة مباح كالأحتشاش والأحتطاب والاختتام ونحوها فلا أشكال ولا ضمان هنا على أحد سواء ، وأو وكل في ذلك أو شارك فيه دخل في حكم التركة والوكالة وكذلك اللقطة بعد الحول لأنها في يده وإن كان تعين ماله في ذمة غيره من الديون فلا يتعين في المذنب المشهور إلا بالتبخر ، وعلى القول الآخر يتعين بالأذن في القبض فالمعتبر حكم ذلك الأذن

(القاعدة الثانية والخمسون)

في التصرف في المملوكات قبل قبضها : وهي منقسمة إلى عقود وغيرها فالعقود نوعان : أحدهما : عقود المعاوضات وتنقسم إلى بيع وغيره ، فأما المبيع فقالت طائفة من الأصحاب التصرف قبل القبض والضمان متلازمان فإن كان البيع مضموناً على البائع لم يجز التصرف فيه المشتري حتى يقبضه وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري جاز له التصرف فيه ، وصرح بذلك القاضي في الجامع الصغير وغيره . وجعلوا العلة المانعة من التصرف توالي الضمانات . وفي المذنب طريقة أخرى وهي أن تدل بين التصرف والضمان فيجوز التصرف والضمان على البائع كما في بيع الثمرة قبل جدها فإنه يجوز في أصح الروايتين وهي مضمونة على البائع ويمنع التصرف في صبرة الطعام المشتراة جزأاً على إحدى الروايتين ، وهي اختيار الخرقى مع أنها في ضمان المشتري وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب فإنهم حكوا الخلاف في بيع الصبرة مع عدم الخلاف في

(١) أخذوا من العين بقدر نسخنا الدار (٢) الأذن ٧١١

كونها مضمونة على البائع، وعن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضي في المجرد والخلاف وابن عقيل في الفصول والمفردات والخلافات وابنه وغيرهم. وصرح ابن عقيل في النظريات بأنه لا تلازم بين الضمان والتصرف وعلى هذا فالقبض نوعان: قبض يبيع التصرف وهو الممكن في حال العقد وقبض ينقل والضمان وهو القبض التام المقصود بالعقد، وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التصرف فيه قبل قبضه هل هو المبهم أو جنس المكيل والموزون وإن يبيع جزافاً أو المطعوم خاصة مكيلاً أو موزوناً كان أو غيرهما أو المطعوم المكيل أو الموزون ونقله منها عن أحمد وضعف القاضي هذه الرواية ورجحها صاحب المغنى ولم يذكرها في الضمان ذلك، واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الأعيان قبل القبض معللاً بأن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه ولم يجعل الضمان لازماً له، وكلام القاضي في الجامع الصغير قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض وغير المتعين لا يجوز ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضمان وهو صحيح على ما ذكره فإنه اقتصر على ذكر جادة المذهب وهو أن لاضمان ولا منع من التصرف إلا في المبهم خاصة ولم يبين أنه لا لازم بين التصرف والضمان أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأول والثمر المبيع على شجر المبيع يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأول، والمقبوض قبضاً فاسداً كالمكيل إذا قبض جزافاً فانتقل الضمان فيه إلى المشتري ولا يجوز التصرف فيه قبل كيله وبيع الدين ممن هو في ذمته جائز على المذهب وليس مضموناً على مالكة وكذلك المالك يتصرف في المغصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض، والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تباع الشقص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع بطل بالثمر المشتري في رءوس الشجر وباجارة المذافع المستأجرة وبهذا أيضاً ينتقض تعليل ابن عقيل، وبيع الدين ممن هو عليه، لأن البائع وفي عليه بالتخلية والتمييز فلم يبق له علاقة في العقد، وعلل أيضاً بأنه داخل في بيع مال ليس عنده وهو شبيه بالغرر لتعرضه للافات، وهو يقنضى المنع في جميع الأعيان، وأشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهي عن ربح مالم يضمن حيث كان مضموناً على بائعه فلا يربح فيه مشتريه، وكأنه حمل النهي عنه هو الربح على النهي عن أصل الربح لأنه مظنة الربح، ويتخرج له قول آخر أن النهي عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه فإنه منع في رواية من اجارة المذافع المستأجرة لا يمتلئ الاجرة لئلا يربح فيما لم يضمن ومنع

في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال لأنه ضامن له بالمخالفة فذكره أحمد ورجحه لدخوله في ربح ما لم يضمن وأجاز أصل البيع وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمته من غير ربح لئلا يكون ربحاً فيما لم يضمن فيخرج من هذا رواية أن كل مضمون على غير مالكة يجوز بيعه بغير ربح ويلزم مثل ذلك في بيع الدين من الغريم والتمر على رؤوس النخل وغيرهما مما لم يضمنه البائع ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطعام الموهوب قبل قبضه لا بأس به ما لم يكن للتجارة وهذا يدل على أن المنع في بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب ولا فرق في ذلك بين بيعه من بائه وغيره وقد نص أحمد على منع بيعه من بائه حتى يسكليه . واختلاف الأصحاب في الاقالة فيه قبل قبضه فمنهم من خرجها على الخلاف في كرهاً يبيعاً أو فسخاً ، فأن قيل إنها يبيع لم يصح والاصح ، وعن أبي بكر أنه منعها على الروايتين بدون كيل ثان لأنها تجديد ملك ، ويخرج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع لأن أحمد أجاز في رواية منصوصة عنه (١) بيعه من الشريك الذي حضر كيله وعلمه من غير كيل آخر فالبايع أولى ، وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في كتاب الاجارات رواية (٢) في جواز بيعه قبل القبض من بائه خاصة [و] ذكرنا ما أخذها ، وهو اختلاف الروايتين عنه في بيع الدين في الذمة إذا كان طعاماً مسكياً أو موزوناً قبل قبضه ، وهذا مخالف لما ذكرناه في البيع فانهما خصا فيه الروايتين بما في الذمة سواء كان طعاماً أو غيره هذا في التصرف فيه بالبيع : وأما غيره من العقود فقال القاضي في المجرد وابن عقيل لا يجوز رهنه ولا هبته ولا اجارته قبل القبض كالبيع ، ثم ذكرنا في الرهن عن الأصحاب أنه يصح رهنه قبل قبضه لأنه لا يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بخلاف البيع ، وفي هذا المأخذ نظر لأن الرهن إنما يصح فيما يصح بيعه لأنه يفضي إلى البيع اسكن تركه في يد البائع لا يطول غالباً وقبضه متيسر فلذلك يصح رهنه ، وعلى ابن عقيل المنع من رهنه لأنه غير مقبوض ولا متعين ولا متعين وفيه ضعف لا مكان تمييزه وقبضه . وعلى مرة أخرى في الرهن والهبة بأن القبض شرط لهما فكيف ينبنى عقد من شرطه القبض على عقد لم يوجد فيه القبض . وللأصحاب وجه آخر أنه أنه يجوز رهنه على غير ثمنه حكاه أبو الخطاب فيما كان معيناً كالصبرة وأظنه منعه منه في المجهول لعدم تاتى القبض وهو معتبر فيه كما ذكر ابن عقيل فخرج من هذا وجهان للأصحاب في سائر العقود . ومن الأصحاب من قطع بجواز جعله مهراً معللاً بأن ذلك غرر يسير يغتفر في الصداق

(١) ابن منصور عنه ٧١١ (٢) نسخنا الدار : روايتين

ومنهم صاحب المحرر ، وهذا وجه ثالث .

هذا كله في المبيع ، فأما ثمنه فإن كان معيناً جاز التصرف قبل قبضه ، سواء كان المبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض أولاً ، وصرح به القاضي وإن كان مبيعاً لم يجوز إلا بعد تمييزه ، وإن كان ديناً جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه . ذكره القاضي وابن عقيل ولم يخرجوا المعاوضة على الخلاف في بيع الدين ممن هو عليه . وقد حكى في ذلك روايتين والاكثرون أدخلوه في جملة صور الخلاف ، وقد نص أحمد على جواز اقتضاء أحد النقدين من الآخر بالقيمة في رواية الأثرم (١) وابن منصور وحنبل . ونقل عنه القاضي البرقي في طعام في الذمة هل يشتري به شيئاً ممن عليه فتوقف قال فقلت [له] لم لا يكون هذا مثل اقتضاء الورق من الذهب فكانه أجاز من غير أن يوضحه [يضاحاً] ديناً ، وهذا يشعر أن اقتضاء أحد النقدين من الآخر يجوز من غير خلاف لحديث ابن عمر في ذلك ، والخلاف في المعاوضة عنهما بغيرهما ، ولم يذكر القاضي وابن عقيل في الصرف في ذلك خلافاً ، والمعنى في ذلك أن النقدين لتقاربهما في المعنى أجرياً مجرى الشيء الواحد فأخذ أحدهما عن الآخر ليس بمعاوضة محضة بل هو نوع استيفاء ، وقد صرح بذلك أحمد في رواية أبي طالب قال : ليس هو ببيع وإنما هو اقتضاء ولذلك لم يجوز إلا بالسعر لأنه لما كانت المعاملة في القدر لاختلاف الجنس اعتبرت في القيمة ، وهذا المأخذ هو الذي ذكره صاحب المغنى . ومن الأصحاب من جعل مأخذه الهى عن ربح مالم يضمن ، وأما القاضي فأجاز المعاوضة عن أحد النقدين بالآخر بما يتفقان عليه وتناول كلام أحمد بكلام بعيد جداً ، وقد ذكرنا أن طريقة القاضي وابن عقيل في الاجارة ، أن ما في الذمة إذا كان مكيفاً أو موزوناً لم يجوز بيعه قبل قبضه لأجنبي رواية واحدة وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان لأنه قبل القبض مبيع غير متعين ، وهذا الكلام في التصرف في المبيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهي ضربان :

أحدهما : ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الاجرة المعينة والدووس في الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق . وأما التصرف في المنافع المستأجرة فإن كان باعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه وعن يقوم مقامه ، وإن كان باجارة صح أيضاً بعد قبض العين ولم يصح قبيلها إلا للتوَجُّر على وجه سبق . ويصح إيجارها بمثل الاجرة وبأزيد في إحدى الروايتين وفي الأخرى يمنع بزيادة لدخوله في ربح مالم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمونة على المستأجر في وجه ، بدليل أنه لو عطلها حتى فانت من غير استيفاء تلفت من ضمانه

(١) الأثرم غير وارد في ٧١١ ومضروب عليه في ٧١٢

فهي كالنثر في رءوس الشجر فهو مضمون عليه باتلافه .

والضرب الثاني : مالا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعقود والمصالح به عن دم العمد ، ونحو ذلك فقيه وجهان :

أحدهما : يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب — خير أنه استثنى منه الصداق — والسامري وساحبي المغني والتلخيص ونص أحمد على صحة هبة المرأة صداقاً قبل القبض وهو تصرف فيه، ووجه ذلك أن تلف هذه الاعراض لا تفسخ بها عقودها فلا ضرر في التصرف فيها بخلاف البيع والاجارة ونحوهما، ومع هذا فصرح القاضي في المجرد بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو يده ففرق بين التصرف والضمان هنا ونسب اليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فثبت الضمان ومنع التصرف وهو وهم عليه

والوجه الثاني : أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل القبض وهو الذي ذكره القاضي في خلافه، وقال هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل في الفصول والمفردات والحملواني والشيرازي وصاحب المحرر ، واختاره صاحب المغني في كتاب النكاح الحاقاً لها بسائر عقود المعاوضات ، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ لأن الزبرة الحديدية العظيمة اذا اشترت وزناً فلا يخشى هلاكها والتصرف فيها ممنوع، وهنا مع الاجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز ، ورجح الشيخ تقي الدين الأول ولكن بناء على أن علة منع التصرف الربح فيما لم يضمن وهو منتف ههنا وهو أحد المآخذ للاصحاب في أصل المسألة وعد القاضي في هذا الضرب القرض وأرشد الجنائيات وقيم المتلفات ، ووافقه ابن عقيل على قيم المتلفات وفيه نظر فان القرض لا يملك بدون القبض على ما جزم به في المجرد وقيم المتلفات ينسخ الصلح عنها بتلف العوض المضمون وكذلك أروش جنائيات الخطأ بخلاف العمد أو نحوه ليس بعقد ليدخله الفسخ ثم أنه مضمون في الذمة كالدين وذلك لا يتعين في الخارج الا بالقبض على المذهب وألحق صاحب التلخيص بهذا أيضاً المالك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد لأنه لا يخشى انتقاض سببه ، وهذا متجه على الوجه الأول الذي اختاره ، فالما الوجه الثاني ، فان كان العقد المنفسخ عن غير معاوضة صارت العين أمانة كالوديعة فيجوز التصرف فيها قبل القبض ، وان كان عقد معاوضة فهو مضمون على الأشهر فيتوجه أن لا يمنع كالعراري والغصوب ، لو حجر الحاكم على المفلس ثم عين لكل غريم عيناً من المال بحقه ملكه بمجرد التعيين ذكره القاضي في الزكاة من المجرد فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض .

تنبيه : ما اشترط القبض لصحة عقد لا يصح التصرف فيه قبل القبض لعدم ثبوت المالك ، وقد

صرح به في المحرر في الصرف ورأس مال السلم ، فأما إن قيل بالملك بالتقيد فقد حكى في التلخيص في الصرف المتعين وجهين لأن انتفاء القبض هنا مؤثر في إبطال التقيد ، فلا يصح ورود عقد آخر عليه قبل انبرامه ، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور المنع في الصرف والسلم والعقود القهرية كالأخذ بالشفعة يصح فيها قبل القبض ذكره أيضاً في التلخيص .

النوع الثاني عقود يثبت بها الملك من غير عوض كالوصية والهبة والصدقة ، فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه ، وسواء كان الموصى به معيناً أو مبهماً ، وسواء قلنا له رد المأبى قبل القبض أولاً ، ولأن أكثر ما في جواز رده أنه غير لازم من جهته ، وهذا لا يمنع صحة التصرف لأنها لازمة من جهة الميت بموته فهو كالمبيع المشروط فيه الخيار للشترى وحده ، وأما الهبة التي تملك بالعقد بمجرد رده فيجوز التصرف فيها قبل القبض أيضاً ، وقد نص أحمد عليه كما سنذكره لأن حق الواهب ينقطع عنها بمجرد انتقال ملكه وليست في ضمانه فلا محذور في التصرف فيها بوجه ، وأما الصدقة الواجبة والتطوع فالمذهب المنصوص أنها لا تملك بدون القبض كما سبق فلا كلام على هذا ، وعلى التخرج المذكور يملكها بدون القبض فينبغي أن يكون كالهبة ، وقد نص أحمد في رواية أبي الحارث وابن بختان في رجل عليه دين ويريد رجل يقضيه عنه من زكاته قال يدفعه إليه ، فقيل له هو محتاج ويخاف أن يدفعه إليه : يأكله قال يقول له حتى يوكله فيقضيه عنه وهذا ظاهر في أنه ملك الزكاة بالتعيين والقبول وجاز تصرفه فيها بالوكالة قبل القبض ، وكذلك نقل حنبل في مسأله أن أحمد ذكر له قول أبي سلية لا بأس . إذا كان للرجل طعام أمر له به سلطان أو وهب له أن يبيعه قبل أن يقبضه والعبد مثل ذلك والدابة يبيعه قبل أن يقبضها قال أحمد لا بأس بذلك ما لم يكن للتجارة ، وقوله إذا لم يكن للتجارة لأن المنع من البيع إنما كان لدخوله في ربح مالم يضمن وما ملكه بغير عوض فلا يتصور فيه ربح ، فأما لو نوى بتملكه التجارة فظاهر كلامه المنع لأنه جعله من الأموال المعسدة للربح فامتنع بيعه قبل القبض

هذا الكلام في العقود فأما الملك بغير عقد كالميراث والغبية والاستحقة من أموال الوقف أو الفداء للبتناولين منه كالمرتزة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين له فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لاحد معهم ويد من هو في يده بمنزلة يد المودع ونحوه الامتاء وأما قبل ثبوت الملك فله حالتان :

أحدهما أن لا يوجد سببه فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت

مورثه والغنم قبل انقضاء الحرب ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرزق
والثانية: بعد وجود السبب وقبل الاستقرار كتصرف الغنم قبل القسمة على قولنا انهم يملكون
[الغنيمه] بالحيازة، وهو المذهب الصحيح والمرتزة قبل حلول العطاء ونحوه فقال ابن أبي موسى
لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولاً واحداً، وان باعه بعروض جاز
في احدى الروايتين اذا قبض العروض قبل أن يتفرقا ومنع منه في الاخرى ولا يجوز بيع المغنم
قبل أن تقسم ولا الصدقات قبل أن تقبض [انتهى] فهذه أربع مسائل

احداها: بيع العطاء قبل قبضه وهو رزق بيت المال وقد نص أحمد على كراهته في رواية أبي
طالب وابن منصور وبكر بن محمد، وقال هو شيء مغيب لا يدري أيصل اليه أم لا أو ما هو وقال
مرة لا يدري يخرج أولاً وقال في رواية أبي طالب في بيع الزيادة في العطاء قال ابن عباس
ما يدريه ما يخرج ومتى يخرج لا يشتريه وكرهه وربما سمي هذا أيضاً بيع الصكك ونقل حرب
عن أحمد في بيع الزيادة في العطاء لا بأس به بعرضات وما تفسيره قال هو الرجل يزداد في عطائه
عشرة دنانير فيشتريها بعرض قال وسأله عن بيع الصك بعرض قال لا بأس به وروى حرب
باسناد صحيح عن ابن عباس انه كان يكره بيع الزيادة في العطاء الا بعرض وهذه رواية ثانية
بالجواز قال القاضي وابن عقيل هذه الرواية فيما اذا بلغ (١) بعد حلول العطاء لأنه وقت
الاستحقاق فهو حينئذ دين ثابت فيجوز بيعه لكن على طريقتيهما لا يجوز بيعه من غير (٢) الغريم
فرجعا وتاولا الرواية على أنه اشترى ذلك العرض بثمن مؤجل الى وقت قبض العطاء وكان وقتها
عندهما معلوماً أو أنه احوال بثمن العرض على حقه من العطاء، ولا يخفى فساد هذا التأويل لمن
تأمل كلام أحمد، وقد يكون مراد ابن أبي موسى ببيع العطاء قبل قبضه قبل استحقاق قبضه فأما
اذا استحق فهو داخل في بيع الصكك

المسألة الثانية: بيع الصكك قبل قبضها وهي الديون الثابتة على الناس وتسمى صكاً لأنها
تكتب في صكك وهي ما يكتب فيه من الرق ونحوه فيباع مائى الصك فان كان الدين نقداً وبيع
بنقد لم يحز بلا خلاف لأنه صرف بنسيئة وان بيع بعرض وقبضه في المجاس ففيه روايتان
احداهما: لا يجوز قال أحمد في رواية ابن منصور في بيع الصك هو غرر، ونقل أبو طالب عنه
انه كرهه وقال: الصك لا يدري ايخرج أولاً، وهذا يدل على أن مراده الصك من عطاء الديوان
والثانية. الجواز نص عليهما في رواية حرب وحبل ومحمد بن الحكم وفرق بينه وبين العطاء

(١) بيع: في ٧١١ (٢) في نسختي الدار: علي الغريم

وقال الصك إنما يحتال على رجل وهو يقرب دين عليه والعطاء إنما هو شيء مغيب لا يدري أبصل إليه أم لا وكذلك ثقل حبل عنه في الرجل يشتري الصك على الرجل بالدين قال لا بأس به بالعرض إذا خرج ولا يبيعه حتى يقبضه يعني مشتريه ، وهذا يدل على أنه لم يجعله من ضمان مشتريه بمجرد القبض ولا أباح له التصرف فيه لأنه بمنزلة المنافع والثمر في شجره ، حاصل هذا يرجع إلى جواز بيع الدين من غير الغريم وقد نص على جوازه كما ترى

المسألة الثالثة : بيع المغنم قبل أن تقسم ونص أحمد على كراهته في رواية حرب وغيره وعلاء في رواية صالح وابن منصور بأنه لا يدري ما يصيبه بمعنى أنه مجهول القدر والعين وإن كان ملكه ثابتا عليه لكن الإمام له أن يخص كل واحد بعين من الأعيان بخلاف قسمة الميراث وصح عن أبي الزبير قال جابر أكره بيع الخمس من قبل أن يقسم وروى محمد بن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد يعني العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ لا تشتروا الصدقات حتى تقبض والمغنم حتى تقسم أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه [واسحاق بن راهويه والبخاري في مسنديهما] ومحمد بن زيد صالح لا بأس به والباهي بصري مجهول وشهر حاله مشهور وفي سنن أبي داود من حديث رويغ ابن ثابت أن النبي ﷺ قال لا يحل لأمرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنما حتى يقسم وفي الحديث طول أخرج الترمذي بعضه وحسنه . وخرج النسائي من حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغنم حتى تقسم وأخرج أحمد وأبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى ابن اسحاق عن عبد الله بن أبي نجيع عن مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغنم حتى تقسم مرسل وهذا في حق آحاد الجيش منهي عنه سواء باعه قبل القبض أو بعده لأنه قبل القبض مجهول وبعده تعدو غلول فانه لا يستبد بالقسمة دون الإمام وأما الإمام فإذا رأى المصلحة في بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه فله ذلك

المسألة الرابعة : بيع الصدقات قبل أن تقبض وما أخذه أن الصدقة لا تملك بدون القبض وفي مصنف عبد الرزاق عن [ابن] جريج عن موسى بن عقبة عن غير واحد أن النبي ﷺ نهى أن تباع الصدقة حتى تعتقل وتؤم وعن يحيى بن العلاء البجلي عن خثعم بن عبد الله عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصدقات حتى تقبض وهذا المرسل أشبه من المسند السابق ، فاما على القول بالكراهية مجرد القبول إذا تعينت من غير

قبض فقد مر نص أحمد بجواز التوكيل فيها ، وهو نوع تصرف بقياسه سائر الصدقات (١) ، وتكون حيثئذ كاهبة المملوكة بالعقد ، وأما إذا عينها المالك من ماله وأفردا فلا يصير بذلك صدقة ولا يخرج عن ملكه بدون قبض المستحق أو قبوله وقد نص أحمد على أنها إذا تلفت بعد تعيينها لم تبرأ ذمته من الزكاة وأما إن كانت صدقة تطوع فاستحب أمضاها وكره الرجوع فيها ، ونقل عنه ما يدل على خروجها عن ملكه بمجرد التعيين ، نقل عبد الله عنه أنه قال كل شيء جعله الرجل لله يمضيه ولا يرجع في ماله ، وذلك أنه قد خرج من ملكه فليس هو له من صدقة أو معروف أو صلة رحم وإن كان قليلا أمضاها ونقل عنه جيش ابن سبندى في رجل دفع إلى رجل دراهم فقال له تصدق بهذه الدراهم ثم إن الدافع جاء فقال رد إلى الدراهم ما يصنع المدفوع يردها عليه قال لا يردها عليه يمضيا فيما أمره به ، ونقل جعفر بن محمد عنه أنه حمل القاضي ذلك على الاستحباب ، قال ابن عقيل لا أعلم للاستحباب وجها وهو كما قال وإنما يخرج على أن الصدقة تعين بالتعيين كما يقول في الهدى والأضحية أنه يتعين بالقول بلا خلاف ، وفي تعيينه بالنية وجهان فإذا قال هذه صدقة تعينت وصارت في حكم المذكورة وصرح به الأصحاب لكن هل ذلك انشاء للنذر أو إقرار ونية خلاف بين الأصحاب ، وإذا عين بنية أن يجعلها صدقة وعزلها عن ماله فهو كما اشترى شئ ينوي التضحية بها ، ولا يلزم من ذلك سقوط الزكاة عنه بتلفها قبل قبض المستحق أو الإمام لأننا قلنا الزكاة في الذمة فهو كما لو عين من الهدى واجب في الذمة هديا فعطب فانه يلزمه إبداله وإن قلنا في العين فلا يبرأ منها لفوات قبض المستحق أو من يقوم مقامه وإيصاله أيضا واجب عليه فلا يبرأ بدونه ، ولا يكتفى فيه بالتمييز ولو حصل التمكين من القبض من فعل الدفع واجب عليه فكيف إذا لم يحصل التمكين والله أعلم

(القاعدة الثالثة والخمسون)

من تصرف في عين تعلق بها حق لله تعالى أولاً دمي معين إن كان الحق مستقرا فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو يأخذه بحقه لم ينفذ التصرف ولم يوجد سوى تعلق الحق لاستيفائه منها صح التصرف على ظاهر المذهب ، وقياس قول أبي بكر لا يصح حيث قال : لا يصح وقف الشفيع ولا رهن الجاني ، وكلامه في الشافي يدل على أن التصرف فيما وجبت فيه الزكاة لا يصح في قدرها ، وكذلك اختار أبو الخطاب في الانتصار أنه لا يصح التصرف في الجاني بالبيع لتعلق الحق بعينه

فإن فداء السيد كان افتكاكا وسقط الحق المتعلق به كما لو وفى دين الرهن والمذهب الأول وهو الفرق بين أن يثبت استحقاق يتعلق بالعين وبين أن يترتب على الثبوت مقتضاه بالأخذ بالحق أو بالمطالبة به فالأول ملك أن يملك والثاني يملك أو طالب بحقه الذي لا يمكن دفعه عنه، وهو شيء بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده، فالمفلس مقتض للحجر والمنع من التصرف، ولا يثبت ذلك إلا بالمطالبة والحكم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

منها التصرف في المرهون ببيع أو غيره مما لا سرية له لا يصح لأن المرتهن أخذ بحقه في الرهن من التوثيق والحبس وقبضه وحكم له به فهو بالنسبة إلى الرهن كغرماء المفلس المحجور عليه، فأما العتق فأنما نفذ لقوته وسرايته كما نفذ حج المرأة والعبد بدون إذن السيد والزوج حتى أنهما لا يملكان تحليلهما على إحدى الروايتين كتوبة الاحرام ولزومه، ولهذا ينعقد مع فساده ويلزم إتمامه .

ومنها الشفيع إذا طالب بالشفعة لا يصح تصرف المشتري بعد طلبه لأن حقه تقرر وثبت، وقبل المطالبة إنما كان له أن يملك والمطالبة إما تملك على رأى القاضى وإما مؤذنة بالملك ومأنة للمشتري من التصرف، إذ تصرف المشتري إنما كان نافذاً لترك الشفيع الاحتجار عليه والأخذ بحقه وقد زال فإن نهى الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالب بها لم يصر المشتري ممنوعاً، بل تسقط الشفعة على قولنا هي على الفور ذكره القاضى في خلافه

ومنها إذا حل الدين على الغريم وأراد السفر فإن منعه غريمه من ذلك لم يحجز له السفر، وإن فعله كان عاصياً به لأنه حبسه وله ولاية حبسه لاستيفاء حقه كالمرتهن في الرهن وإن لم يمنعه فهل له الاقدام على السفر ذكر ابن عقيل فيه وجهين :

أحدهما : يجوز لأن الحبس عقوبة لا يتوجه بدون الطلب والالتزام، والثاني : لا لأنه يمنع بسفره حقاً واجباً عليه لثبوت الحبس في حقه بل لما يلزم في سفره من تأخير الحق الواجب عليه ومنها المفلس إذا طلب البايع منه سلعة التي يرجع بها قبل الحجر لم ينفذ تصرفه نص عليه قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن المفلس هل يجوز فعله فيما اشترى قبل أن يطالب البايع منه بما بايع المشتري عليه فقال إن أحدث فيه المشتري عتقاً أو بيعاً أو هبة فهو جائز ما لم يطالب البائع، وذلك أن الحديث قال هو أحق به فلا يكون أحق به إلا بالطلب فلعلة أن لا يطالبه قلت : رأيت إن طلبه منه فلم يدفعه إليه ؟ قال فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته بعد الطلب ونقل عنه اسماعيل أيضاً كلاماً يدل على أن مطالبة البائع - تثبت إما بتفليس الحاكم أو باشتهار فلسه بين الناس،

وكذلك نقل عنه محمد بن موسى الزيداني (١) أن اشتهار فلسفه بظهور أماراته يمنع نفوذ تصرفاته مطلقاً ومنها لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل فبادر فباعه أو رهنه هل يصح قال أبو الخطاب في الانتصار في الرهن يصح ، ويستحق أخذه من يد المرتهن والبائع مثله ، ولم يفرق بين ما قبل الطلب وبعده ، والأظهر أنه لا يصح البيع بعد الطلب لوجوب الدفع بل ولو قيل لا يصح بيعه مطلقاً مع عليه باضطراره لم يبعد لأن بذله له واجب بالثمن فهو كما لو طالب الشفيع بالشفعة وأولى ، لأن هذا يجب بذله ابتداء لأحياء النفس ، وقد يفرق بأن الشفيع حقه متعين في عين الشقص ، وهذا حقه في سد الرمي ، ولهذا كان إطعامه فرضاً على الكفاية فإذا نقله إلى غيره تعلق الحق بذلك الغير ووجب البذل عليه وأما ما تعلق به حق مجرد فيندرج تحته مسائل متعددة

منها بيع النصاب بعد الحول فإنه يصح نص عليه لأن الوجوب إن كان متعلقاً بالذمة وحدها فلا إشكال وإن كان في العبن وحدها فليس بمعنى للشركة ولا بمعنى انحصار الحق فيها ، ولا تجوز المطالبة بالخراج منها عينا مع وجود غيرها ، فلا يتوجه انحصار الاستحقاق فيها بحال

ومنها بيع الجاني يصح في المنصوص وهو قول أكثر الأصحاب ، وسواء طالب المجنى عليه بحقه أم لا لأن حقه ليس في ملك العبد ، ولو كان كذلك للملك ابتداء وإنما وجب له أرش جنايته ولم نجد محلاً يتعلق به الوجوب سوى رقبة العبد الجاني فأنحصر الحق فيها بمعنى الاستيفاء منها فإن رضى المالك ببذله جاز والا فأنما له أقل الأمرين من قيمة الجاني أو أرش جنايته فأنهما (٢) بدل لزم قبوله والمطالبة منه إنما تتوجه بحقه وحقه هو أرش الجناية لا ملك رقبة العبد على الصحيح فلا يتوجه المنع من التصرف فيه لأن تسليمه إليه لم يتعين

ومنها من ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده وقلنا حقه ثابت فيه بالقيمة فباعه المغتني قبل أخذ سيده صح ويملك السيد انتزاعه من الثاني ، وكذلك لو رهنه صح ويملك السيد انتزاعه من المرتهن ذكره أبو الخطاب في الانتصار ولم يفرق بين أن يطالب بأخذه أولاً والأظهر أن المطالبة تمنع (٣) التصرف كالشفعة

ومنها تصرف الورثة في التركة المعلقة بها حق الغرماء وفي صحته وجهان أصحهما الصحة وعلى المنع ينفذ بالعق كالرهن ، واختار ابن عقيل في نظريانه أنه لا ينفذ إلا مع يسارهم لأن تصرفهم تبع لتصرف الموروث في مرضه ، وهذا متوجه على قولنا إن حق الغرماء تعلق بالتركة في المرض ومنها تصرف الزوجة في نصف الصداق بعد الطلاق إذا قلنا لم يدخل في ملك الزوج قهراً ، قال

(١) الديداني : ٧١١ (٢) فأنهما : ٧١١ (٣) تقطع

صاحب الترغيب : يحتدل وجهين لتردده بين خيار البيع وبين خيار الواهب ومنها تصرف من وهبه المريض ماله كله في مرضه قبل موته فيجوز وينفذ حتى لو كان أمه كان له وطؤها ، ذكره القاضي وحده [في خلافه] واستبعده الشيخ تقي الدين لأنه يتوقف على إجازة الورثة فكيف يجوز قبلها ، وقد يقال هو في الظاهر ملكه بالقبض وموت الواهب ، وانتقال الحق إلى الورثة . مذكور فلا يمنع التصرف ، وأما تصرف المشتري في مدة الخيار له وللبائع فالمخصوص عن أحمد أنه موقوف على إمضاء البيع ، وكذلك ذكره أبو بكر في التنبيه ، وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه لأنه تصرف في خالص ملكه ، ولم يتعلق به سوى حق البائع في الفسخ وقد زال ، فأشبهه تصرف الابن فيما وهبه له الأب غير أن تصرف الابن لا يقف على إمضاء الأب ، لأن حق الأب في الفسخ يسقط بانتقال الملك ، ولأن تساط الأب على الرجوع لم يكن لبقاء أثر ملكه ، بل هو حق ثابت بالشرع مع ثبوت ملك الولد واستقراره فلا يمنع التصرف ، وطردها في كل من تصرف في ملكه وقد تعلق به حق غيره لا يبطل من أصله كتصرف المريض فيما زاد على ثلث ماله فانه يقف على إمضاء الورثة ، وعق المكاتب لرقيقه يقف على تمام ملكه ، ذكره أبو بكر في الخلاف ، وكذا ذكره أبو الخطاب في الانتصار في مسألة إجازة الورثة أن تصرف الراهن يصح ويقف على إجازة المرتهن ، وذكر الشيخ مجد الدين أن هذا قول من يقول بوقف تصرف الفضولي وذكر أبو الخطاب أيضاً أن تصرف المشتري في الشقص المشفوع يقف على إجازة الشفيع .

(القاعدة الرابعة والخمسون)

من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها ، فهل يجوز للتصرف فيها الاقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استثنائه أم لا ؟ هذا على ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه ، والثاني أن يكون قد طالب به صريحاً أو إيماءً ، والثالث أن يثبت له الحق شرعاً ولم يأخذ به ولم يطالب به

فأما الأول : فلا يجوز إسقاط حقه ولو ضمنه بالبدل كعق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المذهب المشهور (١) ، فانه لا يجوز ، ذكره غير واحد من الأصحاب منهم القاضي وابن عقيل وصاحب

(١) في ٧١١ المشهور من المذهب

السكافي مع أن عتقه يوجب ضمان قيمته يكون رهناً لأن فيه إسقاطاً لحقه القائم في العين بغير رضاه، وكذلك إخراج الرهن بالاستيلاء محرم ولاجله منعنا أصل الوطء، وكذلك ينبغي أن يكون عتق المفلس المحجور عليه إذا نفذناه لأن غرماءه قد قطعوا تصرفه فيه بالحجر وتملكوا المال وقد ذكره ابن عقيل أيضاً في تبذيره قبل الحجر، وذكر القاضي في خلافه أن ظاهر كلام أحمد جواز عتق الراهن كإقتصاصه من أحد عبيد المرهونين إذا قتله الآخر ولم يذكر لذلك نصاً، ولعله أخذ من قوله بنفوذ العتق ولا يدل، وأما اقتصاص الراهن من العبد المرهون أو من قائله، وقد صرح القاضي وابن عقيل بأنه لا يجوز لأن فيه تفويتاً لحق المرتهن من غير الراهن أو قيمته الواجبة له وواجبا على الراهن قيمته تكون رهناً، وصرحاً أيضاً [ههنا] بأن العتق ههنا لا يجوز وإنما ذكرنا جوازه في مسألة العتق وظاهر كلام أحمد جواز القصاص فيكون الفرق بين القصاص والعتق أن وجوب القصاص يتعلق بالعبد تعلقاً يقدم به على حق المرتهن بدليل أن حق الجاني مقدم على المرتهن لانهصار حقه فيه بخلاف المرتهن وهذا مفقود في العتق.

وأما الثاني فلا يجوز أيضاً، ومنه خيار البائع المشترط في العقد لا يجوز للمشتري إسقاطه بالتصرف في المبيع وإن قلنا أن الملك له فإن اشتراطه الخيار في العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ

وأما الثالث ففيه خلاف، والصحيح أنه لا يجوز أيضاً، ولهذا لا يجوز إسقاط خياره الثابت في المجلس [بالعتق ولا غيره] كما لو اشترطه ويندرج في صور الخلاف مسائل:

منها مفارقة أحد المتبايعين الآخر في المجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر وفيه روايتان أحدهما يجوز لفعل ابن عمر والثانية لا يجوز لحديث عمر [و] بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يحمل [له] أن يفارقه خشية أن يستقبله وهو صريح في التحريم وهو اختيار أبي بكر وصاحب المذني

ومنها تصرف المشتري في الشقص المشفوع بالوقف قبل الطاب ينبغي أن يخرج على الخلاف في التي قبلها، وصرح القاضي بجوازه، وظاهر كلامه في مسألة التحيل على إسقاط الشفعة تحريمه وهو الاظهر، ويدل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشريك حتى يعرض على شريكه لياخذ أو يذر، مع أن حقه من الاخذ لا يسقط بذلك فأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية

ومنها وطء العبد زوجته الأمة إذا عتقت ولم تعلم بالعتق ليستط اختيارها للفسخ، الاظهر تخريجه على الخلاف، وقال الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية قياس مذهبنا جوازه وفيما قاله نظر

ومنها تصرف الزوجة في نصف الصداق اذا طلق الزوج قبل الدخول وقلنا لم يملكه [مهرأ] فانه لا يجوز صرح به في المحرر، فاما تصرف احد المتبايعين فيما بيده من العوض اذا استحق الآخر رد ما بيده بعيب أو خلف في صفة فيجوز ذكره القاضي في خلافه لأن تصرفه لا يمنع حق الآخر من رد ما بيده فاذا رده استحق الرجوع بالعوض الذي بدله ان كان باقيا والارجع ببذله وقياس هذا ان للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار، وظاهر كلام احمد في رواية الاثرى ان للبائع التصرف فيه الثمن في مدة الخيار الا أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالا ويأخذ منه ما ينتفع به صورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه، وان كان على غير وجه الحيلة فيجوز ولم يمنعه من التصرف في الثمن

﴿القاعدة الخامسة والخمسون﴾

من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً (١) أم لا وهل ينفذ تصرفه أم لا المذهب المشهور أنه لا يكون تملكاً، ولا ينفذ وفي بعض صورها خلاف، ومن صور المسألة البائع بشرط الخيار اذا تصرف في المبيع لم يمكن تصرفه فسخاً ولم ينفذ نص عليه وقال في رواية ابن القاسم لا يجوز عتق البائع لأنه غير مالك له في ذلك الوقت انما له فيه خيار فاذا اختاره ثم أعتقه جاز فأما دون أن يرد البيع فلا، واختلف الأصحاب في المسألة على طرق :

أحدها : لا يكون فسخاً رواية واحدة وإنما يفسخ بالقول وهي طريقة أبي بكر والقاضي في خلافه وصاحب المحرر وهي أصح وقد نص أحمد على أن يبعه ليس بفسخ في رواية اسماعيل بن سعيد ونص على أنه إذا وطئ فعليه الحد في رواية منها

والطريقة الثانية أن المسألة على روايتين وهي طريقة القاضي في كتاب الروايتين وأبى الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى ورجح أنه فسخ لأن ملك المشتري في مدة الخيار غير مستقر فيفسخ بمجرد تصرف البائع بخلاف بائع المفلس فان ملك المفلس تام

والطريقة الثالثة أن تصرفه فسخ بغير خلاف كما أن تصرف المشتري إمضاء وإبطال للخيار في المنصوص، وهي طريقة القاضي في المجرد والخلواني في الكفاية وهي محالة بالنصوص ولا يصح اعتبار فسخ البائع بامضاء المشتري لأن ملك المشتري قائم وملك البائع مفقود

والطريقة الرابعة أن تصرفه بالوطء فسخ بلا خلاف لأنه اختيار بدليل وطء من أسلم على

(١) في ٧١٢ تملكاً

أكثر من أربع نسوة وبغيره وفيه الخلاف وهي طريقة صاحب الكافي ومن صرح بأن الوطء اختيار القاضي في المجرد وحكامه في الخلاف عن أبي بكر في التنييه ولم أجده فيه ولا يصح الحاق وطاء البائع بوطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة لأن ملكه قائم فلذلك كان الوطء اختياراً في حقه فهو كوطء المشتري ههنا والبائع بخلافه وقد نص أحمد على أن عليه الحد في رواية مهنا وأما نفوذ التصرف فهو ممنوع على الأقوال كلها، صرح به الأكثرون من الأصحاب لأنه لم يتقدمه ملك اللهم إلا أن يتقدمه سبب يوجب الانفساخ كالسوم ونحوه، وذكر الحلواني في التبصرة أنه ينفذ ويتخرج من قاعدة لنا سند كرها إن شاء الله تعالى وهي أنه هل تكفى مقارنة شروط العقد للعقد في صحته

ومنها إذا باع أمة بعبد ثم وجد بالعبد عيباً فله الفسخ واسترجاع الأمة، وكذلك سائر السلع المعيبة إذا علم بها بعد العقد وليس له التصرف في عوضه الذي أداه لأن ملك الآخر عليه تام مستقر فلو أقدم وأعتق الأمة أو وطئها لم يكن ذلك فسخاً ولم ينفذ عتقه ذكره القاضي في خلافه وذكر في المجرد وابن عقيل في الفصول احتمالاً آخر أن وطئه يكون استرجاعاً كما في وطاء المطلقة الرجعية. ومن أسلم على أكثر من أربع نسوة وهذا وإن كان الملك عن الرجعية ومن أسلم عليهن لم يزل وهذا (١) فند زال

ومنها لو باع أمة ثم [أ]فلس المشتري قبل نقد الثمن والأمة موجودة بعينها فلا استرجاعها بالقول بدون إذن الحاكم على أصح الوجهين حكاهما القاضي بناء على نقض حكم الحاكم بخلافه فيكون كالفسخ المجمع عايه فلا يحتاج إلى حاكم، ولو أقدم على التصرف فيها ابتداء لم ينفذ ولم يكن استرجاعاً، وكذلك الوطء ذكره القاضي في الخلاف تمام ملك المفلس وفي المجرد والفصول أن الوطء استرجاع وأن فيه احتمالاً آخر بعدمه، ويمكن تخريج هذا الخلاف في سائر التصرفات على طريقة من أثبت الخلاف في تصرف البائع في مدة الخيار لأن ملك المفلس غير تام بدليل منعه من التصرف في ماله لحق البائع فهو كالمشتري في مدة الخيار غير أن ضعف الملك ههنا طارئ وفي مدة الخيار مبتدئ ولا أثر لذلك.

ومنها تصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل التملك هل يكون تملكاً ويقوم ذلك مقام قوله أو تملكه أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت الملك

[به يمكن] على تخريجه على الخلاف في المسألة قبلها ، ولا سيما بعد المطالبة لأن حقه استقر وثبت وانقطع تصرف المشتري .

ومنها لو وهب الأب لولده شيئاً وقبضه الولد ثم تصرف الأب فيه بعد القبض هل يكون تصرفه رجوعاً ، المنصوص أن لا قال أحمد في رواية أبي طالب إذا وهب لابنه جارية وقبضها الابن لم يحز للأب عتقها حتى يرجع فيها ، وقال في رواية ابن هاني هذه الجارية للابن وأعتق الأب ماله له ، وخرج أبو حفص البرمكي في كتاب حكم الوالدين في مال ولدهما رواية أخرى أن العتق صحيح ويكون رجوعاً وسيأتي تخريج هذا الأصل أن شاء الله تعالى ، وفي التلخيص لا يكون وطؤه رجوعاً وهل يكون يبعه وعتقه ونحوهما رجوعاً على وجهين ولا ينفذ عليهما لأنه لم يلاق الملك ويتخرج وجه بنفذه لاقتران الملك به كما سبق

ومنها لو تصرف الوالد في مال ولده الذي يباح له تملكه قبل التملك لم ينفذ [انتهى] ولم يكن تملكاً على المعروف من المذهب وأن تملكه لا يحصل بدون القبض الذي يراد التملك به وقد نص عليه وأحمد في مواضع لأنه مباح فلم يملك بدون قبضه كالاصطياد والاحتشاش ولم يخرجوا في تملكه بالقبول خلافاً من الهبة ونحوها لأن الهبة عقد بين اثنين فيكتفى فيه بالقبول كعقود المعاوضة وهنا اكتسابه مال مباح من غير عقد فلا يكتفى فيه بدون القبض والحيازة ومالم يحز (١) فهو باق على ما كان عليه وخرج أبو حفص البرمكي رواية أخرى بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض وأخذ ذلك مما رواه المروزي عنه أنه قال لو أن لابنه جارية فعتقها كان جائزاً وفي رواية محمد بن الحسك يعق الأب من مال الابن هو ملك الابن حتى يعق الأب أو يؤخذ وفي رواية الميموني أرى أن ماله يؤخذ منه ويعتق منه إلا أم ولد ابنه وفي توجيه هذه الرواية طريقان :

أحدهما : أن رفيق الابن له فيه شبه ملك ولذلك نفذ استيلاؤه فينفذ عتقه كعتق أمه من المغنم لكن لا يضمن لأن الأب لا يطالب بما أتلفه من مال ولده

والثاني : أن يقال وقع الملك مقارناً للعتق فنفذ وهذا القدر من الملك يكتفى به في العتق كالأول قال لغيره اعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل صح ووقع العتق والملك معاً ، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال يبيع الأب وشرائه على ابنه جائز لقول النبي صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وظاهر هذه الرواية جواز الاقدام على التصرف في ماله ونفوذه وحصول التصرف (٢) به وفي التنبيه لأبي بكر يبيع الأب على ابنه وعتقه وصدقه ووطئه إمائه مالم يكن الابن قد وطئه جائز ويجوز له بيع عبيده وإمائه وعتقهم ، ولهذا القول مأخذان أيضاً :

(١) كذا بالأصول جميعها ولعلها يحز (٢) في ٧١٢ : التملك

أحدهما: أن الملك يقتزن بالتصرف فينفذ كما في نظيره (١)

والثاني: أن هذا تملك قهرى في مال معين فيكتفى فيه بالقول الدال على التملك كما ملك الهبة المعينة بمجرد القبول على رواية، ولهذا حتى طائفة من الأصحاب في بيع المباحات النابتة والجارية في الأرض المملوكة [قبل حيازتها] روايتين ولم يذكر خلافا في أنها عين (٢) مملوكة ومن سلك هذا المسلك صاحب المقنع في كتاب البيع وصاحب المحرر ووجه صحة البيع على هذا أنه مقدور على تسليمه وليس مملوكا لغيره فهو كالمملوك، وهو قريب من بيع الصكك قبل استحقاقها، وقد تقدم الخلاف فيها، وأما تصرف الأب في أمة ولده بالوطء قبل القبض فإن أحبلها صارت أم ولده وإن لم يحبلها فإن قلنا لا يملك الأب مال ولده إلا بالقبض لم يملكها حتى يقبضها، وإن قلنا يملك بمجرد التصرف صارت ملكا له بالوطء بمجرد، ونقلت من خط القاضي وذكر أنه نقله من خط ابن شاقلا قال الشيخ يعني أبا بكر عبد العزيز، روى الأثرم أن المرأة إذا وطئها زوجها وانقضت العدة ثم تزوجت فإن أنت بولد ستة أشهر فتدعيه جميعا أرى القافة، وقال إذا وطئ الرجل جارية ابنه وإن كان الابن قد وطئ فلا حد على الأب لأنها بنفس الوطء ملك له قال الشيخ في نفسى من مسألة الأثرم شيء انتهى، فإن كان قوله إذا وطئ الرجل جارية ابنه إلى آخره من تمام رواية الأثرم فيكون ذلك منصوفا عن أحمد والافهرو من كلام أبي بكر، وهو موافق لما ذكره في التنبيه كما حكيناه عنه، وقوله وإن كان الابن قد وطئ يريد أن تملكها يثبت مع وطء الابن فأما ثبوت الاستيلاد ففيه خلاف في المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاما يدل بمفهومه على أنها لا تصير مستولدة له وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والمرجح عند صاحب المغنى أنها تصير مستولدة لأن التحريم لا ينافى الاستيلاد وكالامة المشتركة ولكن بينهما فرق وهو أن هذه محرمة على التأيد بخلاف المشتركة وقد نص أحمد على أن النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوجة وإن كان زوجها صغيرا لا يولد لمثله في رواية حرب وابن مختار وذكره أبو بكر وابن أبي موسى فلو ثبت التحريم أولى هذا كله ما لم يكن الابن قد استولدها فإن كان استولدها لم ينتقل الملك فيها باستيلاد غيره كما لا ينتقل بالعقود، وذكر ابن عقيل في فتونه أنها تصير مستولدة لهما جميعا كما لو وطئ الشريكان أمتهما في طهر واحد وأنت بولد ألحقته القافة بهما لكن في مسألة القافة حكم باستيلادهما (٣) [لها] دفعة واحدة وفي مسألة التناقد ثبت استيلاد الابن أولاها فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يقال أم الولد تملك بالقهر على رواية والاستيلاد سبب قهرى ومنها تصرف السيد في مال عبده الذي ملكه إياه وقتنا يملكه، ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ ويكون استرجاعا لتضمنه إياه وذكر القاضي في الجامع الكبير أنه يحتمل حمله على أنه سبق

(١) في ٧١١: نظائره (٢) في أصل غير ولعلها تصحيف والتصحيح عند (٣) في د: باستيلادها

رجوعه التصرف لينفذ

ومنها تصرف الموصى له بالوصية بعد الموت هل يقوم مقام القبول الأظهر قيامه مقامه لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لا يمكن إبطاله وقد كمل بالموت على أحد الوجوه وهو منصوص عن أحمد ومثله الوقف على معين إذا قيل باشتراط قبوله فاما العقود التي تملك له موجبها الرجوع فيها قبل القبول، فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول فيه تردد يلتفت الى انعقاد العقود بالمعاطاة فأما الوكالة (١) فيصح قبولها بالفعل صرح به الأصحاب لأنها اذن مجرد وأمر بالتصرف فيصح امتثاله بالفعل (٢) هل يساويها في ذلك سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساقاة، ظاهر كلام التلخيص أو صريحة المساواة وحكي القاضي في الأحكام السلطانية في صحة قبول القاضي القضاء بشرطه في النظر احتمالين وجعل مأخذهما هل يجرى الفعل مجرى النطق لدلالته عليه ويحسن بناؤهما على أن ولاية القضاء عقد جائز أو لازم

وهنا المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها الوطء على روايتين مأخذهما عند أبي الخطاب [الخلاف في وطنها] هل هو مباح أو محرم والله حيح بناؤه على اعتبار الإشهاد للرجعية وعده وهو البناء المنصوص عن الإمام ولا عبرة بحل الوطء ولا عده ولو وطنها في الحيض أو غيره كانت رجعة، وهل يشترط غيره أن ينوى بالوطء الرجعة أم لا، نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره وهو اختيار ابن أبي موسى والمذهب عند القاضي ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية وإنما حصل له تشبه لكن الرجعة يترتب عليها الاستباحة حقيقة في المدة الزائدة على العدة

(القاعدة السادسة والخمسون)

شروط العقود من أهلية العاقد أو المدقود له أو عليه إذا وجدت مقترنة بها ولم تقدم عليها هل يكتفى بها في صحتها أم لا بد من سبقها، المنصوص عن أحمد الاكتفاء بالمقارنة في الصحة وفيه وجه آخر لا بد من سبق وهو اختيار ابن حامد والقاضي في الجملة ويتخرج على ذلك مسائل قد ذكرنا عدة منها في القاعدة السابقة

ومنها إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقاً فالمنصوص الصحة كنهنا باقتراض شروط النكاح وهو الحرية به كما دلت عليه السنة الصحيحة واختار ابن حامد والقاضي عدم الصحة فمنهم من [جعل] مأخذه انتفاء لفظ النكاح الصريح وهو ابن حامد ومنهم من [جعل] مأخذه انتفاء تقدم الشرط

ومنها لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه صح نص عليه وقال القاضي وابن حامد لا يصح لاتفاء صحة الملك للرهن ولا تكفي المقارنة

(١) في نسختنا المعاطاة والتصحيح عن ٧١١

ومنها لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة فقيه وجهان :
 أحدهما [أنه] يصح وقيل إنه المنصوص وذكره القاضى وابن عقيل فى النكاح وأبو الخطاب
 والآخر أن كتفاه باقتران البيع وشرطه وهو كون المشتري مكاتباً يصح معاملته للسيد
 والوجه الثانى لا يصح قاله القاضى وابن عقيل فى البيوع لأن الكتابة لم تسبق عقد البيع
 ومنها لو ادعى أنه وكيل لزيد وأن لزيد على فلان ألفاً وأقام البينة بالوكالة والدين فى حالة
 واحدة فهل يقبل ويدفع إليه المال أم لا بد من تقدم ثبوت الوكالة على ثبوت الدين ، قال القاضى
 فى خلافه يحتمل وجهين والأشبه اعتبار تقدم الوكالة لأنه مالم تثبت وكالة لا يجب الدفع إليه
 واستشهد للقبول بما لو شهد أنه ابتاع من فلان داراً وهو مالك لها بأنه يصح شهادتهما بالبيع
 والمملك فى حالة واحدة

ومنها لو قال إذا تزوجت فلانة فقد وكلتك فى طلاقها ففى التاخيص قياس المذهب صحته ،
 ويتخرج وجه آخر أنه لا يصح لاقتران الوكالة وشرطها اذ شرطها ان يكون الموكل مالكا لما
 وكل فيه ومملك الطلاق يترتب على ثبوت النكاح فيقارن الوكالة

ومنها لو وجدت الكفاءة فى النكاح حال العقد بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح
 قبلت له هذا النكاح وأعتقته فقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحته قال ويتخرج فيه وجه آخر
 يمنعها فاما اقتران الحكم مع شرطه فى غير عقد هل يثبت به الحكم أم لا يتخرج عليه مسائل
 منها صحة الوصية لمن ثبت أهلية ماله بالموت كأم الولد ومدره فان السبب المستحق به هو
 الايصاء وشرط الاستحقاق هو الموت وعليه يترتب الاستحقاق ، وقد اقترن به وجود أهلية المستحق
 فيكفى فى ثبوت المملك ، هذا اذا قلنا ان الوصية تملك بالموت من غير قبول ، وإن قلنا تتوقف على
 القبول وهو المشهور فان القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق فيصح القبول حينئذ ولا يضر فوات
 أهليته عند الموت فانه لو قال اعتقوا [عنى] عبدى وأعطوه كذا لصحت هذه الوصية

ومنها اذا وجدت الحرية عقيب موت الموروث أو معه كالأول قال لعبده إن مات أبوك فأنت
 حر وكان أبوه حراً فمات أو دبر ابن عمه ثم مات فآته لا يرثه ذكره القاضى وصاحب المغنى وعلمه
 بان المانع لا يؤثر زواله حال الاستحقاق كما لا يؤثر وجوده عندنا فى اسلام الطفل بموت أبويه
 قال الشيخ تقي الدين ينبغى أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم هل يكتفى بها
 أم يشترط تقدمها فان قلنا تكفى المقارنة ورث لأنه صار حراً أو مالكا فى حالة (١) واحدة انتهى
 ولا يقال هذا يقتضى (٢) اقتران العلة ومعلولها وهو عندكم باطل لأننا نقول علة الارث وسببه
 هو النسب وهو سابق على الموت وإنما الحرية شرط له

ومنها عدة أم الولد إذا توفي سيدها ، هل هي عدة حرة أو أمة وأكثر الروايات عن أحمد أنها تعتد عدة أمة ، وقال لو اعتدت عدة حرة لورثت ثم توقف في ذلك ، وقال دخلني منه شيء . وقال مرة تعتد عدة حرة اكتفاء بالحرية المقارنة لوجوب العدة ولزوم مقارنة العلة للمعلول هنا أظهر ولا يلزم لأن سبب العدة الاستفراش السابق والموت شرطها والحرية شرط للعدة بالاشهر ، ومن ههنا لم يلزم التورث لأن سيده منتف بالكلية وهو النكاح والنسب والولاء .

(القاعدة السابعة والخمسون)

إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه ، فهل يثبت الحكم أم لا المذهب المشهور أنه لا يثبت ، وقال ابن حامد يثبت وإن تقارن الحكم ووجود المانع منه فهل يثبت الحكم معه فيه وجهان ، واختار القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وصاحب المغني أنه لا يثبت واختار القاضي في خلافه وفي الجامع الكبير أنه يثبت وكذلك ابن عقيل في عمد الأدلة وأبو الخطاب (١) فاما اقتران الحكم والمنع منه فيندرج تحته مسائل :

منها لو قال الزوج لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك ، أو قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين متعاقبين فإنها تطلق بالاول وتنقضي العدة بالثاني ، ولا تطلق به كما لا تطلق في قوله مع انقضاء عدتك . هذا المذهب المشهور وعليه أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه والخلاف فيه مع ابن حامد وحده ، وفي الفصول يشير إلى أن مأخذ ابن حامد في مسألة الولادة القول بتقارن العلة ومعلولها فيقع (٢) الطلاق في حال الولادة قبل البيونة ولا يصح لأن البيونة معلولة للولادة فلو اقترنت العلة ومعلولها لبانت مع الولادة أيضا

ومنها لو قال أنت طالق بعد موتي لم تطلق بغير خلاف نعليه ، ولو قال مع موتي أو موتك لم تطلق ، نص عليه في رواية منها لأن الموت سبب البيونة فلا يجامعها الطلاق ويلزم على قول ابن حامد الوقوع ههنا لأنه إذا وقع (٣) الطلاق مع الحكم بالبيونة فإيقاعه مع سبب الحكم أولى ويلزم مثل ذلك القاضي ومن تابعه على الوقوع مع سبب الانفساخ لتأخر الانفساخ عنه ولم يلتزموا ذلك ، وادعوا ههنا المقارنة دون السبق ولا يصح ولعل المانع من إيقاع الطلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه بخلاف إيقاعه مع البيونة في الحياة فإنه يفيد التحريم أو نقص العدد

(١) في هامش ٧١١ بعد قوله وأبو الخطاب إشارة ونصها : « والقاضي من نص أحمد على أن أم الولد إذا قتلت سيدها لزمها قيمة نفسها فأوجب » (٢) في الاصل فيقطع (٣) في ٧١٢ أوقع

ومنها لو قال زوج الأمة لها ان ملكتك فانت طالق ثم ملكها لم تطلق ، قال الاصحاب وجها واحدا ، ولا يصح لان ابن حامد يلزمه القول ههنا القول بالوقوع لا اقترانه بالانفساخ ومنها لو أعتق الزوجان معا وقلنا لا خيار للمعتقة تحت الحرف هل يثبت لها الخيار ههنا على روايتين منصوصتين عن احمد وقد اقترن ههنا المقتضى وهو حريتها والمانع وهو حرته فحصل الحكم بثبوت الخيار مع المنع منه فان قيل يشكل على ما ذكرتموه مسألتان منصوصتان عن الامام احمد :

أحدهما اذا قال لعبد له إن بعثك فانت حر ، ثم باعه فانه يعتق على البائع من ماله نص عليه احمد في رواية جماعة ولم ينقل عنه في ذلك خلاف فقد حكم بوقوع العتق مع وجود المانع (١) منه وهو انتقال الملك وهذا يلزم منه صحة قول ابن حامد وطرده في إنبات الاحكام مع مقارنة المنع منها ، مثل أن يقول لغير المدخول بها إن طلقك فانت طالق ثم يطلقها فينبغي أن تطلق طلقتين ، وكذلك إن قالت إن فسخت نكاحك لعيب أو نحوه فانت طالق ، وكذلك ان قال ان نالعتك فانت طالق

المسئلة الثانية اذا مات الذمي وله أطفال صغار حكم باسلام الولد وورث منه نص عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك حتى أن من الاصحاب من أنكر القول بعدم توريثه وقال هو خلاف الاجماع ويلزم من توريثه اثبات الحكم المقترن بمانعه ، وهذا لا يحيد عنه والجواب أما على قول ابن حامد فهذا متجه لا بعد فيه وأما دلي قول جمهور الاصحاب فقد اختلفوا في تخرج كلام الامام احمد في مسألة العتق على طرق :

أحدها : أنه مبني على قوله بان الملك لم ينقل عن البائع في مدة الخيار ، فاما على قوله بالانتقال وهو الصحيح فلا يعتق وهذه طريقة أبي الخطاب في انتصاره وفيها ضعف فان نصوص احمد بالعتق ههنا متكررة ورواية بقاء الملك للبائع ربما لم تكن صريحة عن احمد بل مستنبطة من كلامه واما المنقول الصريح عنه انتقال الملك

والطريق الثاني أن عتقه على البائع لثبوت الخيار له فلم تنقطع علقه عن المبيع بعد وهي طريقة القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب وأورد عليهم أن تصرف البائع بالعتق في مدة الخيار لا ينفذ على المنصوص فاجابوا بان هذا العتق أنشأه في ملكه فلذلك نفذ في مدة الخيار بعد زوال ملكه فان احمد قال بنفوذ الوصية (٢) بعد الموت ، وقال في رواية ابن ماهان يعتق من مال البائع قيل لأنه خلف عن ملك قال نعم

(١) في ٧١٢ : المنع (٢) في نسختي الدار : فان احمد شبهه بنفوذ الوصية

والطريق الثالث أنه يعتق على البائع عقيب ايجابه وقبل قبول المشتري وهي طريقة ابن ابي موسى والسامري وصاحب المغني والتلخيص لأنه انما علقه على بيعه وبيعه الصادر عنه هو الايجاب فقط ، ولهذا يسمى بائعاً والقابل مشترياً ، ويقال باع هذا واشترى هذا ، وان كان العقد لا ينعقد بقبول المشتري لكن القبول شرط محض لانعقاد البيع وليس هو من ماهيته فاذا وجد القبول تبيننا أنه عتق على البائع قبله في ملكه قبل الانتقال وفي هذه [الطريقة] أيضاً نظر فان احمد نص على نفوذه بعد زوال الملك ولأن البيع المطلق انما يتناول المنعقد لا صورة البيع المجردة

والطريق الرابع أنه يعتق على البائع في حالة انتقال الملك الى المشتري حيث يترتب على الايجاب القبول وانتقال الملك وثبوت العتق فيتدافعان وينفذ العتق لقوته وسرايته دون انتقال الملك وهي طريقة ابي الخطاب في ردوس المسائل ويشهد لها تشبيه احمد بالمدير والوصية ولا يقال في المدير والوصية لا ينتقل الى [مال] الورثة لتعلق حق غيرهم بها لانها تمنع ذلك على أحد الوجهين ونقول بل ينتقل اليهم المال الموصى به وهو ظاهر تعليل احمد في هذه المسألة فانه قال في رواية الاثرم وقد قيل له كيف يعتق على البائع وانما وجب العتق بعد البيع فقال لو وصى له بمائة درهم ومات يعطاها وان كانت وجب له بعد الموت ولا ملك فهذا مثله ، ونقل عنه صالح نحو هذا المعنى أيضاً وعلى هذه الطريقة فينفذ العتق مع قيام المانع له لقوته وسرايته ولا يلزم مثل ذلك في غيره من العقود

والطريق الخامس أن يعتق بعد انعقاد البيع وصحته وانتقال الملك المبيع الى المشتري ثم يفسخ البيع بالعتق على البائع وشرح بذلك القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده وصاحب المحرر، وهو ظاهر كلام احمد وتشبيهه بالوصية

ووجه ذلك أن العتاق لقوته ونفوذه وسرايته الى ملك الغير ينفذ ، وان وجد أحد طرفيه في ملك والاخر في غير ملك فاذا عقده في غير ملك مضافاً الى وجود الملك صح ونفذ في المذهب الصحيح المشهور فكذا إذا عقده في ملك على نفوذه في غير الملك فانه ينفذ ولهذا نقول على احدى الروايتين لو قال يملوكي فلان حر بعد موتي بسنة يعتق كما قال وان كان ذلك بعد زوال ملكه وانتقاله عنه ، ولا يقال لا ينتقل ملكه مع قيام الوصية لأن ذلك ممنوع على ظاهر كلام احمد كما تقدم ولا يلزم مثل هذا في غير العتق من العقود لأنها لا تسرى الى ملك الغير ولا عهد نفوذها في غير ملك بحال ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وجهاً فيما اذا علق طلاقها على خلعه فخالعها أنه يقع الطلاق المعلق كما يقع العتق بعد البيع اللازم ، فان كان مراده انه يقع مع الخلع فهي مسألة ابن حامد في الوقوع مع البيئونة وان أراد بعده فمشكل ، فان الطلاق لم يعهد عندنا وقوعه في غير ملك وملك الشيخ تقي الدين طريقة أخرى فقال ان كان المعلق للعتق قصدت اليمين دون التبرر بعتقه اجزأه

كفارة يمين لأنه إذا باعه خرج عن ملكه فبقى كندره أن يعتق عبد غيره فيجزئه الكفارة وإن قصد به التقرب صار عتقه مستحقاً كالنذر [فلا يصح بيعه ويكون العتق معلقاً على صورة البيع كما] (١) لو قال لما لا يحل بيعه إذا بعته فعلى عتق رقبة أو قال لأم ولده أن يعتك فانت حرة وطرد قوله هذا في تعليق الطلاق على الفسخ والخلع فجعله معلقاً على صورة الفسخ والخلع قال ولو قيل بانعقاد الفسخ والخلع المعلق عليه فلا يتمتع وقوع الطلاق معه على رأي ابن حامد حيث أوقعه مع البينونة بانقضاء العدة فكذا بالفسخ [والله أعلم] وأما مسألة الميراث فلا ريب أن أحمد نص على توريث الطفل من أبيه الكافر والحكم بإسلامه بموته وخرجه من خروجه من الأصحاب كصاحب المغنى على أن المانع لم يتقدم الحكم بالارث وإنما قارنه وهذا يرجع إلى ثبوت الحكم مع مقارنة المانع [له] لأن الإسلام سبب المنع، والمنع يترتب عليه والحكم بالتوريث سابق على المنع لاقتترانه بسببه ، وأما اقتران الحكم والمانع فله صور :

منها توريث الطفل المحكوم بإسلامه بموت أحد أبويه الكافرين منه وقد ذكرت ومنها إذا قتلت أم الولد سيدها فإنه يلزمها أقل الأمرين من قيمتها أو الدية نص عليه . قال الأصحاب سواء قلنا أن الدية تحدث على ملك الورثة ابتداء أو على ملك الموروث أولاً ، لأننا إن قلنا تحدث على ملك الورثة فقد اقترن الضمان بالحرية وإنما لم يجب الضمان هنا بالدية مطلقاً اكتفاء بمقارنة الشرط للحكم على ما تقدم لأن الاعتبار هنا في الضمان بحالة الجناية وهي حينئذ رقيقة فلا يلزمها أكثر من ضمان جناية الرقيق ولا يمنع من ذلك مقارنة الحرية بحالة وجوب الضمان بناء على أن المانع إذا اقترن بالحكم لم يمنع ، وإن قلنا أن الدية تحدث على ملك المقتول أولاً فقد وجب له ذلك في آخر جزء من حياته ، وهي إذ ذاك رقيقة فسبق وقت وجوب الضمان وقت الحرية ، وإنما وجب الضمان هنا للسيد وإن كان السيد لا يجب له الضمان على رقيقه لتعلق حق الورثة بماله في هذه الحال فصار كالواجب لها ابتداء ، ولهذا كانوا هم المطالبين به والله أعلم ومنها إذا تزوج العادم للطول الخائف للعت في عقد حرة وأمة فهل يصح نكاح الأمة مع الحرة على وجهين

ومنها إذا قال المتزوج بأمة أبيه إذا مات أبي فانت طالق ثم مات الأب فهل يقع الطلاق ، على وجهين أحدهما يقع ، وهو قول القاضى في الجامع والخلاف وابن عقيل في العمد واختيار أبي الخطاب لأن الموت يترتب عليه [وقوع] الطلاق والملك [والملك] سبب انفساخ النكاح فقد سبق نفوذ

الطلاق وقوع الفسخ فنفذ، والثاني لا يقع وهو قول القاضى فى المجرى وابن عقيل فى الفصول لأن الطلاق قارن المانع وهو الملك فلم ينفذ

ومنها اذا تزوج أمة ثم قال لها إن اشتريتك فانت طالق وفيه الوجهان أن قلنا ينتقل الملك مع الخيار وهو الصحيح ، وأن قلنا لا ينتقل وقع الطلاق وجهاً واحداً كذا ذكره أبو الخطاب وفى خلاف القاضى اذا حلف لا يبيع فباع بشرط [الخيار] هل يحث أن ذلك مبنى على نقل الملك وعدمه فقياس قوله أنه لا يقع الطلاق هنا فى مدة الخيار اذا قلنا لا ينتقل الملك فيها وانكر ذلك الشيخ محمد الدين وقال يحث بكل حال لأن البيع قد وجد

ومنها اذا قال لامرأته التى لم يدخل بها إن كلمتك فانت طالق ثم أعاده فانها تطلق بالاعادة لأنه كلام فى المشهور عند الأصحاب، وقال ابن عقيل فى عمد الأدلة قياس المذهب عندى أنه لا يحث بهذا الكلام لأنه من جنس اليمين الأولى ومؤكدها، وإنما المقصود أذاها وهجرها واضرارها بترك كلامها وليس فى هذه الاعادة ما ينافى ذلك فلا يحث به وهذا أقوى والتفريع على المشهور فاذا وقع الطلاق بالاعادة ثانياً فهل ينعقد به يمين ثانية أم لا ، فى المسألة وجهان :

أحدهما لا ينعقد وهو قول القاضى فى الجامع والخلاف ومن اتبعه كالقاضى يعقوب وابن عقيل وهو قياس قول صاحب المغنى وله مأخذان : أحدهما وهو مأخذ القاضى ومن أتبعه أن الكلام يحصل بالشروع فى الاعادة قبل اتمامها فيقع الطلاق قبل اتمام الاعادة فلا ينعقد لأن تمام اليمين حصل بعد البينونة . والثانى وهو الذى ذكره صاحب المغنى فى نظير هذه المسألة أن الطلاق وان وقف وقوعه الى ما بعد إنهاء الاعادة إلا أن الاعادة يترتب عليها البينونة فيقع انعقاد اليمين مع البينونة فيخرج على الخلاف فى ثبوت الحكم مع المانع أو مع سببه والأصح عنده عدمه

والوجه الثانى تنعقد اليمين وهو اختيار صاحب المحرر بناء على أن الطلاق يقف وقوعه على تمام الاعادة لأن الكلام المطلق إنما ينصرف الى المقيد ولا تحصل الافادة بدون ذكر جملة الشرط والجزاء فيقف الطلاق عليهما ويقع عقبيهما لأنهما شرط لوقوعه وأما اليمين فوجدت مع شرط الطلاق فسبقت وقوعه . يوضحه أن اليمين هى اللفظ المجرد وهو المعلق عليه الطلاق فاذا قال أن كلمتك فانت طالق فهو فى معنى قوله أن حلفت يميناً بطلاقك على كلامك فانت طالق فتبين أن وجود اليمين سابقة لوقوع الطلاق

ومنها اذا قال لامرأته واحداً غير مدخول بها أن حلفت بطلاقكما فانتما طالقان ثم قاله ثانياً فانهما يطلقان طلاقاً [طلقة] على المذهب المشهور وانعقدت اليمين مرة ثانية فى حق المدخول بها وأما فى حق التى لم يدخل بها ففى انعقادها وجهان أحدهما أنها تنعقد وهو قول أبى الخطاب وصاحب المحرر ومقتضى ما ذكره القاضى وابن عقيل فى المسألة التى قبلها لأن اليمين سبب البينونة

ووجدت مع شرط الطلاق لامع وقوع الطلاق والثاني لا ينعقد وهو اختيار صاحب المغنى غير أنه وقع في النسخ خلل في تعليقه؛ ووجهه أن اليمين وإن وجدت مع شرط الطلاق لكن انعقادها مفارق (١) لوقوع الطلاق فلم ينعقد لا قترانه بما يمنعه، فإن أعاده ثالثا قبل أن يحدد نكاح البائن لم تطلق واحدة منهما على الوجهين لأن الحلف بطلاق البائن لا يمكن فإن عاد وتزوج البائن ثم حلف بطلاقها وحدها فعلى الوجه الثاني لا تطلق لأن اليمين الثانية لم تنعقد بحلفها وتطلق الأخرى طلاقا لوجود الحلف بطلاقها قبل نكاح الثانية والحلف بطلاق الثانية بعد نكاحها (٢) فكمل الشرط في حق الأولى، وعلى الوجه الأول تطلق كل واحدة منهما طلاقا لأن الصفة الثانية منعقدة في حقهما جميعا كذا ذكره الأصحاب وأورد عليه أن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى فكل واحد من الحلفين جزء علة لطلاق كل واحدة منهما، فكما أنه لا بد من الحلف بطلاقها في زمن يكون فيه أهلا لوقوع الطلاق كذلك الحلف بطلاق ضررتها لأنه جزء علة لطلاق نفسها ومن تمام شرطه فكيف يقع بهذه التي جدد نكاحها الطلاق وإنما حلف بطلاق ضررتها وهي بائن وأجيب عنه بأن وجود الصفة كلها في النكاح لا حاجة إليه، ويكفى وجود آخرها فيه فيقع الطلاق عقيبها، وذكر صاحب المحرر في تعليقه على الهداية أن هذا هو المذهب سواء قلنا يكفى في الحنث وجود بعض الصفة أم لا، نعم إن قلنا يكفى وجود بعضها وقد وجد حال البيئونة انبنى على أن الخلاف في حل اليمين بالصفة الموجودة حال البيئونة انتهى، وعندى أن هذا قد يخرج على خلاف المتأخرين (٣) في أن اليمين لا تنحل بوجود الصفة حال البيئونة فإن قلنا أنها مستثناة من عموم كلامه بقرينة الحال فوجود بعضها حال البيئونة لا عبرة له أيضا كوجود جميعها، وإن قلنا إن اليمين لا تنحل بدون الحنث فيها اكتفى بوجود آخرها في النكاح لا مكان الحنث فيه على أن الاكتفاء بوجود بعض الصفة حال البيئونة وبعضها في النكاح مع قولنا لا يكفي بوجود بعض الصفة في الطلاق وقولنا إن الصفة الموجودة حال البيئونة لا تنحل بها اليمين لا يخلو عن إشكال [ونظر] والله أعلم ومنها إذا اشترى مريض أباه بثلث لا يملك غيره وهو تسعة دنانير وقيمة الأب ستة فقد حصل منها عطيتان، من عطايا المريض محاباة البائع بثلث المال وعق الأب إذا قلنا إن عتقه من الثلث وفيه وجهان:

أحدهما وهو قول القاضي في المحرر وابن عقيل في الفصول يتحصان لأن ملك المريض لأبيه مقارن، لملك المشتري لثمنه وفي كل منهما عطية منجزة فتحصا لتقارنهما والثاني أنه تنفذ المحاباة ولا يحق الأب وهو اختيار صاحب المحرر لأن المحاباة سابقة لعق الأب فإن ملك المشتري الثمن

(١) في ٧١٢: تمارن ولعله الصواب (٢) في الأصل: بعد طلاقها (٣) في ٧١١: في المذهبين

الذى وقعت المحاباة فيه وقع مقارنا لملك الأب ، وعتقه يترتب على ملكه ولم يقارنه فقد قارنت المحاباة شرط عتق الأب لاعتقه فنفذت كسبقها

ومنها لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول على خمسين من المهر فهل تستحق جميع المهر أو ثلاثة أرباعه على وجهين : أحدهما تستحقه كله لأنه استحق عوضاً عن الطلاق خمسين ورجع إليه بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي والثاني تستحق ثلاثة أرباعه لأن الطلاق يتنصف به المهر ويصير مشاعاً بين الزوجين فلا يستحق من الخمسين المخالغ بها إلا نصفها ، فلا يسلم للزوج عوضاً عن طلاقه إلا نصف الخمسين ويرجع إليه بالطلاق النصف ومن نصر الوجه الأول قال تنصف المهر يترتب على الخلع لا يفارقه (١) فقد ملك الخمسين كلها قبل التنصيف ، لكن ملكتها قارن سبب التنصيف وهو البينونة فهذا مأخذ الوجهين ، والمسألة مأخذ آخر على تقدير التنصيف قبل الملك وهو أن يخالها الخمسين من المهر مع علمها بأن المهر يتنصف بالمخالعة هل ينزل على خمسين مبهمة منه أو على الخمسين التي يستقر لها بالطلاق وفي المسألة وجهان ، ينزل الوجهان فيما إذا باع أحد الشريكين نصف السلعة المشتركة دل ينزل (٢) البيع على نصف مشاع وإنما له فيه نصفه وهو الربع أو على النصف الذى يخصه بملكه وكذلك فى الوصية وغيرها واختيار القاضى أنه ينزل على النصف الذى يخصه كله بخلاف ما إذا قال له أشركتك فى نصفه وهو لا يملك سوى النصف فإنه يستحق منه الربع لأن الشراكة تقتضى التساوى فى المملكين بخلاف البيع والمنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور أنه لا يصح بيع النصف حتى يقول نصيبى فإن أطلق تنزل على الربع

ومنها إذا تزوج فى مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل ففى المحاباة روايتان إحداهما أنها موقوفة على إجازة الورثة لأنها عطية الوارث والثانية تنفذ من الثلث نقلها المروذى والأثرم وصالح وابن منصور والفضل بن زياد ويحتمل أن يكون مأخذه أن الارث المقارن للعطية لا يمنع نفوذها ويحتمل أن يقال إن الزوجة ملكها فى حال ماك الزوج البضع وثبوت الارث مترتب على ذلك وكذلك نص فى رواية أبى طالب فىمن أقر لزوجه فى مرضه بمهر يزيد على مهر المثل أن الزيادة تكون من الثلث ووجه القاضى بما ذكرناه من الترتيب لأن الاقرار تبين به أن الاستحقاق كان بالعقد وهذا كله يرجع الى أن العطية والوصية لمن يصير وارثاً يعتبر من الثلث وهو خلاف المذهب المعروف لكن قد يفرق بين أن يكون الوارث نسبياً أو زوجاً كما فرق القاضى فى كتاب الوصايا من خلافه بينهما فى مسألة الاقرار لأن النسب سبب إرثه قائم حال الوصية بخلاف أحد الزوجين وفيما ذكره القاضى فى توجيه رواية أبى طالب نظر فإن أحمد لو اعتبر حاله العقد لما جعله من

(١) فى ٧١١ : يقارنه (٢) فى ٧١١ . ينزل

الثالث ، وإنما يتخرج من هذه الرواية رواية عنه بأن إقرار المريض لو ارثه معتبر من الثالث والله أعلم

(القاعدة الثامنة والخمسون)

من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فيأدر إلى الاقلاع عنه ، هل يكون اقلاعه فعلا للممنوع منه أو تركا له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه هذا [عدة] أنواع :

أحدها ألا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية الا وهو متلبس به فلا يكون نزعه فعلا للممنوع منه، فمن ذلك اذا حلف لا يلبس ثوبا وهو لا يسه، أولا يركب دابة وهو راكبها، أو لا يدخل دارا وهو فيها، وقلنا إن الاستدامة كالا ابتداء في جميع هذه الأفعال فخلع الثوب ونزل عن الدابة وخرج من الدار في أول أوقات الامكان، فانه لا يحنث لأن السمين تقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال فيتعلق الحكم بأول أوقات الامكان، ومنه ما اذا أحرم وعليه قميص فانه ينزعه في الحال ولا فدية عليه، لأن محظورات الاحرام إنما تترتب على المحرم لا على المحل ولا يقال انه باقدامه على انشاء الاحرام وهو متلبس بمحظوراته منتسب الى مصاحبة اللبس في الاحرام كما لا يقال مثل ذلك في الحالف والناذر فانه كان يمكنه أن لا يحلف ولا يندر حتى يترك التلبس بما يحلف عليه، ومنه ما اذا فعل فعلا محرما جاهلا أو ناسيا ثم ذكر فانه يجب عليه قطعه في الحال ولا يترتب عليه أحكام المتعمد (١) له

النوع الثاني أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين ويعلم بالمنع ولكن لا يستقر (٢) بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل فيقلع عنه في الحال فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين :

أحدهما أنه لا يترتب عليه حكم الفعل المنهى عنه بل يكون اقلاعه تركا للفعل لأن ابتداءه كان مباحا حيث وقع قبل وقت التحريم، وهو اختيار أبي حفص العكبري .

والثاني أنه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه لا قدامه على الفعل مع علمه بتحريمه في وقته لاسيما مع قرب الوقت [وهذا ظاهر المذهب] ومن صور المسألة ما اذا جامع في ليل رمضان فادرکه الفجر وهو مجامع فنزع في الحال فالمذهب أنه يفطر بذلك وفي الكفارة روايتان واختار أبو حفص أنه لا يفطر ولا خلاف في أنه لا يائتم اذا كان حال الابتداء متيقنا ببقاء الليل وبينى بعض الأصحاب المسألة على أصل آخر وهو أن النزع هل هو جزء من الجماع أو ليس من الجماع وحكى في المسألة روايتين واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يفطر بالنزع في هذه الحالة ولا بالأكل ولا بغيره بناء على أنه إنما يتعلق به حكم وجوب الامساك عن المفطرات بعد العلم بطلوع الفجر فلا يكون الواقع منها في حالة

(١) في الاصل المعتمد (٢) في ٧١١ : يشعر

الطلوع محرماً البتة كما قلنا في محظورات الاحرام انها انما تثبت بعد التلبس به، وقد روى عن أحمد ما يدل على ذلك فانه قال اذا شك في طلوع الفجر فانه يأكل حتى لا يشك أنه طلع وفي المسألة أحاديث وآثار كثيرة تدل على ذلك والله أعلم

ومنها اذا وطئ امرأته فحاضت في أثناء الوطء فتزعم هل يلزمه الكفارة اذا قلنا يلزم المعذور فمن الأصحاب من خرجها على النزاع هل هو جماع أم ترك للجماع، ومنهم من خرجها على مسألة الصوم والأظهر أنه إن كان يعلم بمقتضى العادة قرب وقت حيضها ثم وطئ وهو يخشى مفاجأة الحيض هو شبيه بمسألة الصوم والأفلا كفارة لأنه انما تعلق به المنع بعد وجود الحيض وقد ترك الوطء حينئذ وكذلك ينبغي أن يقال في الواطئ في ليل الصيام انه إن ظن بقاء الليل وأنه في مهلة منه لم يفطر وان خشى مفاجأة الفجر أفطر لأنه أقدم على مكروه أو محرم ابتداء

النوع الثالث أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه اذا شرع فيه ترتب عليه تحريمه وهو متلبس به، فهل يباح له الاقدام على ذلك الفعل لأن التحريم لم يثبت حينئذ أم لا يباح لأنه يعلم أن اتمامه يقع حراماً فيه لأصحابنا قولان، ومثال ذلك: أن يقول لزوجته إن وطئت فانت طالق ثلاثاً أو فانت على كظهر أمي ومثل أن يعلم أنه متى أوج في هذا الوقت طلع عليه الفجر وهو وجع فخفى الأصحاب في مسألة الطلاق والظهار روايتين بنوهما على أن النوع هل هو جماع أو ليس بجماع ورجح صاحب المغنى التحريم في مسألة الطلاق والظهار على كلا القولين لأنه استمتاع بأجنبية وهو حرام ولو كان لمس يدهم الشهوة فليس الفرج بالفرج أولى بخلاف الصائم فانه لا يفطر الا بالوطء ويمكن منع كون النوع وطئاً قال فان قيل هذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء الحرام قلنا فاذا لم يمكن الوطء لا بفعل محرم ضرورة وهو ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله الا بأكل لحم الخنزير أو اشتبهت ميتة بمذكاة فان الجميع محرم انتهى، وليس هذا مطابقاً لمسألتنا فان ابتداء الوطء هنا منفرد عن الحرام متميز عنه لم يشتبه بحرام أو لم يختلط به، فاذا انضم الى ذلك أن النزاع ترك للحرام لم يبق ههنا حرام، وأيضاً فان النزاع ههنا مقارن بينونة فيمكن النزاع في تحريمه كما وقع النزاع في ترتب أحكام الزوجية معه وأما الايلاج فمقارن لشرط بينونة فان قيل إن المقارن للشرط كما مقارن للشروط على ما سبق تقريره في القاعدة التي قبلها توجه تحريمه أيضاً والأفلا، وأيضاً فمن يقول النزاع جزء من الجماع وان الجماع عبارة عن الايلاج والنزاع يلتزم أن الطلاق والظهار انما يقعان بعد النزاع لا قبله فلا يحصل النزاع في أجنبية ولا مظاهر منها ولا يقال يلزم على هذا أن لا يفطر الصائم بالايلاج قبل غروب الشمس اذا نزاع بعده لأن مفطرات

الصائم لم تنحصر في الجماع وحده بل تحصل بأمور متعددة فيجوز أن يحصل بأحد جزأى (١) الجماع كما يحصل بالانزال بالمباشرة ونحوه بخلاف الأحكام المترتبة على مسمى الوطء فانها لا تثبت الا بعد تمام مسمى الوطء.

النوع الرابع أن يعتمد الشروع في فعل محرم عالما بتحريمه ثم يريد تركه والخروج منه وهو متلبس به فيشرع في التخلص منه بمباشرة أيضا ، كمن توسط داراً منصوبة ثم تاب وندم وأخذ في الخروج منها ، أو طيب المحرم بدنه عامداً ثم تاب، وشرع في غسله بيده قصداً لازالته ، أو غصب عينا ثم ندم وشرع في حملها على رأسه الى صاحبها، وما أشبه ذلك . والكلام ههنا في مقامين أحدهما : هل تصح التوبة في هذه الحال ويزول الائم بمجردهما ، أم لا يزول حتى ينفصل عن ملابس الفعل بالكلية ، وفيه لأصحابنا وجهان :

أحدهما وهو قول ابن عقيل أن توبته صحيحة ويزول عنه الائم بمجردهما ويكون تخلصه من الفعل طاعة وإن كان ملابساً له لأنه مأمور به فلا يكون معصية ، ولا يقال من شرط التوبة الاقلاع ولم يوجد لأن هذا هو الاقلاع بعينه وأيضاً فالاقلاع إنما يشترط مع القدرة عليه دون العجز ، كما لو تاب الغاصب وهو محبوس في الدار المنصوبة أو توسط جمعاً من الجرحى متعمداً ثم تاب وقد علم أنه إن أقام قتل من هو عليه وإن انتقل قتل غيره لكن هذا من محل النزاع أيضاً والوجه الثاني وهو قول أبي الخطاب أن حركات الغاصب ونحوه في جروحه ليست طاعة ولا مأموراً بها بل هي معصية ولكنه يفعلها لدفع أكبر المعصيتين بأقلهما وأبو الخطاب وإن قال ليست طاعة هو يقول لا إثم فيها بل يقول بوجوبها وهو معنى الطاعة وخرج بعض الأصحاب الخلاف في هذه المسألة على جواز الخلاف في الاقدام على الوطء في مسائل النوع الثالث فإن قيل بجوازه لزم أن يكون الترك أمثالا من كل وجه فلا يكون معصية وإن قيل بتحريمه لزم تحريم الترك ههنا وقد يفرق بالتحريم ثم طار وههنا مستصحب من الابتداء فلا يلزم من الجواز ثم الجواز ههنا ، ويلزم من التحريم هناك التحريم ههنا بطريق الأولى . والمقام الثاني في الأحكام المترتبة على هذا الأصل وهي كثيرة فمنها غسل الطيب بيده للمحرم يجوز لأن ترك الطيب لا فعل له ذكره الأصحاب واستدلوا بحديث الذي أحرم وهو متضمن بطيب فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يغسله عنه ، ولكن هذا كان جاهلاً بالحكم فهو كمن تطيب بعد إحرامه ناسياً فانه يغسله بغير خلاف وخص كثير من الأصحاب كالفاضل وغيره الحكم بالناسي وهو مشعر بأن العامد بخلافه وهو متخرج على الخلاف السابق في كونه معصية ، والصحيح التعميم لأن مباشرة الفعل إنما جازت ضرورة الخروج منه والمحرم لا ضرورة له بالغسل بيده ، فلما أذن الشارع فيه دل على أن مباشرة

الطيب لقصد ازالته ومعالجته غير ممنوع

ومنها اذا تعمد المأموم سبق إمامه في ركوع أو سجود وقلنا لا تبطل صلاته بمجرد تعمد السبق ، فهل يجب عليه العود الى متابعتة الامام أم لا ، أطلق كثير من الأصحاب وجوب العود من غير تفريق بين العامد وغيره ، كما وردت روايات عن الصحابة عمر وابنه وابن مسعود رضى الله عنهم وفرق صاحب المحرر بين العامد وغيره وقال : متى عاد العامد بطلت صلاته لأنه قد تعمد زيادة ركن كامل عمدا وانما يعود الساهى والجاهل ، وقد يقال ان عود العامد يتخرج على أن العود انما هو قطع للفعل المنهى عنه الذى ارتكبه ورجوع عنه إلى متابعة الامام الواجبة فلا يكون منهيّا عنه بل ما مور به كالخروج من الدار المغصوبة ونحوها على ما سبق وقد يفرق بأن حقيقة السجود وضع الاعضاء المخصوصة على الأرض فاذا زيد هذا المقدار عمدا بطلت به الصلاة وأما الهوى اليه والرفع منه فليسا من ماهيته وانما هما حدان له فلا أثر لنية قطعهما بالرفع فان الرفع ليس منه وانما هو غاية له وفصل بينه وبين غيره ومامضى منه ووجد لا يمكن رفعه ، وهو سجود تام فتبطل الصلاة بزيادته عمدا ، وهذا قد يلزم منه أن السبق للركن عمدا يبطل الصلاة وقد قيل إنه المنصوص عن أحمد ، وعلى الوجه الآخر فيقال لما لحقه الامام في هذا الركن واجتمع معه فيه اكتفى بذلك في المتابعة

﴿ القاعدة التاسعة والخمسون ﴾

العقود لا ترد الا على موجود بالفعل أو بالقوة ، وأما الفسوخ فتد على المعلوم حكما واختيارا على الصحيح وقد دل عليه حديث المصراة حيث أوجب الشارع رد صاع التمر عوضاً عن اللبن بعد تلفه وهو مما ورد العقد عليه فدل على أنه حكم بفسخ العقد فيه ورد عوضه مع أصله والرجوع بالثمن كاملا فأما الانقاسخ الحكمى بالتلف فمواضع :

منها اذا تلف المبيع المبيع قبل قبضه انفسخ العقد فيه وفي عوضه سواء كان ثمنا أو مثمنا . ومنها اذا تلفت الثمار المشترأة في رؤس النخل قبل جدها بجائحة فان العقد ينفسخ فيها . ومنها إذا تلفت العين المستأجرة قبل مضي مدة الاجارة انفسخ العقد فيما بقى منها وأما الفسخ الاختيارى فكثير ، ومن مسائله اذا تلف المبيع في مدة الخيار هل يسقط الخيار ام لا يسقط ، وللبائع الفسخ فيرجع بعوضه ويرد الثمن على روايتين معروفتين ونقل أبو طالب عنه ان اعتقه المشتري أو تلف عنه فللبائع الثمن وإن باعه ولم يمكنه رده فله القيمة [ففرق بين التلف الحسى والحكمى وبين التفويت مع بقاء العين فاجاز الفسخ (١)] مع بقائها لا مكان الرجوع بخلاف التلف وأيضا

فتصرفه في المبيع (١) في مدة الخيار جناية حالها بين البائع والرجوع في ماله فيملك أن يفسخ ويضمنه القيمة للحيلولة والى هذا المأخذ أشار أحمد رحمه الله

ومنها إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد تلف المبيع وفيه روايتان : أحدهما يتخالفان ويفسخ البيع ويغرم المشتري القيمة، والثانية القول قول المشتري مع يمينه في قدر الثمن ولا فسخ اختارها أبو بكر

ومنها إذا تباعا جارية بعد أو ثوب ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وقد تلف الآخر فانه يرد ما بيده ويفسخ العقد ويرجع بقيمة التالف نص عليه أحمد في رواية حنبل وابن منصور ولم يذكر الأصحاب فيه خلافاً لأن هنا عين باقية يمكن الفسخ فيها فيقع الفسخ في التالف تبعاً كما لو كان الثمن نقداً معيناً وقد تلف فانه لا خلاف أنه يرد الساحة بالعيب ويأخذ بدل الثمن

ومنها إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده فهل يجوز رد الموجود مع قيمة المفقود ويأخذ الثمن ظاهر كلام القاضى في خلافه في المسألة التي قبها جوازه لأن الفسخ في المفقود هنا تابع للفسخ في الموجود، وخرجه صاحب التلخيص على روايتين فيما إذا اشترى شيئاً فبان معيباً وقد تعيب عنده فانه يرد على إحدى الروايتين ويرد معها أرش العيب الحادث عنده منسوباً من قيمته لا من ثمنه فورد الفسخ هنا على المفقود تبعاً للموجود واعتذر ابن عقيل عن ضمانه بالقيمة فانه لما فسخ العقد صار المبيع في يده كالمقبوض على وجه السوم لأنه قبض بحكم عقد فذلك ضمن بالقيمة وهذا رجوع الى أن الفسخ رفع للعقد من أصله وهو ضعيف، ومقتضى هذا أن الأصل ضمانه بجزء من الثمن وهو مقتضى ما ذكره القاضى وابن عقيل في مسائل التفليس لأن كل جزء من المبيع مقابل لجزء من الثمن فاذا لم يمكن رد المبيع كله رد الموجود منه بقسطه من الثمن كما في تفريق الصفقة وهذا خلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري من البائع فانه يأخذه منسوباً من الثمن واختلف الأصحاب فيه فمنهم من يقول هو فسخ للعقد في مقدار العيب ورجوع بقسطه من الثمن، وعلى هذا فالفسخ ورد على معدوم مستحق التسليم وهذا في المشتري في الذمة كالمسلم ظاهراً لأنه كان يستحقه سليماً فاما في المعين فلم يقع العقد على غير عينه فلا يمكن أن يكون الأرش فسخاً إلا أن يكون (٢) اطلاق العقد على العين يقتضى سلامتها وكأنها موصوفة بصفة السلامة وقد فاتت ومنهم من يقول بل هو عوض عن الجزء الفائت. وعلى هذا فهل هو عوض عن الجزء نفسه أو عن قيمته ذهب القاضى في خلافه الى أنه عوض عن القيمة وذهب ابن عقيل في فتونه وابن المنى (٣) الى أنه عوض عن العين

(١) في ٧١١ : بالبيع (٢) في ٧١٢ يقال (٣) كذا في الأصل وقد ضبط بفتح النون والياء المشددة

عنها بما شاء وإن قلنا القيمة لم يجوز أن يصالح عنها بما كثر منها من جنسها، ومنهم من قال هو اسقاط
لجزء من الثمن في مقابلة الجزء الفائت الذي تعذر تسليمه لأعلى وجه الفسخ لأن الفسخ لا يقابل
الفائتة وينبنى على ذلك جواز المصالحة عنه بأكثر من قيمته، فإن قلنا المضمون العين فله المصالحة
الصحة والسلامة وإنما يقابل الأجزاء المشاعة فإذا عقد على عين موصوفة وفات بعض صفاتها
رجع بما قابله من الثمن من غير فسخ وكل من هذه الأقوال الثلاثة قاله القاضي في موضع من
خلافه وينبنى على الخلاف في أن الأرض فسخ أو اسقاط لجزء من الثمن أو معاوضته أنه إن كان
فسخاً أو اسقاطاً لم يرجع إلا بقدره من الثمن ويستحق جزءاً من عين الثمن مع بقاءه بخلاف
ما إذا قلنا هو معاوضة وأما إن أسقط المشتري خيار الرد بعوض بذله له البائع وقبله فإنه يجوز
على حسب ما يتفقان عليه وليس من الأرض في شيء ذكره القاضي وابن عقيل في الشفعة ونص
أحمد على مثله في النكاح في خيار المعتقة تحت عبد

ومنها إذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ ورد بدلها أم لا، الذي عليه
الأكثرون أنه لا يملك ذلك وأشار إليه أحمد في رواية ابن منصور قالوا لأن الرديستدعي مردوداً
ولا مردود إلا مع بقاء العين وظلامته تستدرك بالأرض وهو ضعيف لأن البديل يقوم مقام
العين وخرج القاضي في خلافه جواز ذلك من رد المشتري أرض العيب الحادث عنده كما تقدم
وذكر أنه قياس المذهب وتابعه عليه أبو الخطاب في انتصاره، وجزم بذلك ابن عقيل في الفصول
من غير خلاف حكاه

ومنها إذا اشترى ربوياً بجنسه فبان معيباً ثم تلف قبل رده فإنه يملك الفسخ ويرد بدله
ويأخذ لأنه لا يجوز له أخذ الأرض على الصحيح بمحذور الربا فتعين الفسخ

ومنها الاقالة هل تصح بعد تلف العين قال القاضي مرة لا تصح لأنها عقد يقف على
الرضا من الجانبين فهي كالبيع بخلاف الرد بالعيب ثم قال في موضع آخر قياس المذهب صحتها
بعد التلف إذا قلنا هي فسخ وتابعه أبو الخطاب في الانتصار وابن عقيل في نظرياته وحكى صاحب
التلخيص فيها وجهين بخلاف الرد بالعيب وفرق بآثار الرد يستدعي مردوداً بخلاف الفسخ وهو
ضعيف فإن الرد فسخ أيضاً والاقالة تستدعي مقالا فيه ولكن البديل يقوم مقام المبدل هنا للضرورة
ومنها الشركة في السويع وهي نوع منها وحقيقتها أن يشتري رجل شيئاً فيقول لآخر
أشركتك في نصفه أو جزء مشاع منه فيقبل فيصح ذلك ويكون تملكاً منجزاً بعوض في الذمة
وموضوع هذا العقد أنه إن ربح المال المشترك فيه فالربح بينهما ويتقاسمان بالثمن ويصير المشتري
شريكة في الربح فيأخذ حصته منه وإن تلف المال أو خسر انفسخت الشركة فيكون الخسران
أو التلف على المشتري فيقدر انفساخ الشركة حكماً في آخر زمن الملك قبل بيعه بخسارة أو تلفه

ولأنما يحكم بالانفساخ بعد التلف والخسران فيكون هذا العقد مفيداً للشركة في الربح خاصة ويكون فسخه معلقاً على شرط ويكتفى بذلك بمسمى الشركة من غير حاجة الى شرط لفظي وقد نص أحمد على جواز هذا في رواية جماعة منهم الأثرم ومنها وأحمد بن القاسم وسندي وأبو طالب وأحمد ابن سعيد وابن منصور وغيرهم ونقل مثل ذلك عن شريح والشعبي صريحاً وسئل أحمد هل يدخل هذا في ربح ما لم يضمن فقال هو مثل المضارب يأخذ الربح ولا ضمان عليه وقد أشكل توجيه كلام أحمد على القاضي فحمله على محامل بعيدة جداً وحمله ابن أبي موسى على ظاهره وتبعه الشيرازي إلا أنه خرج وجهاً آخر أن الوضعية عليهما كالربح

(القاعدة الستون)

التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما من له تعلق بالعقد لم يجوز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه. فمن ذلك الموصى إليه اطلق كثير من الأصحاب أن له الرد بعد القبول في حياة الموصى وبعده وقيد ذلك صاحب المحرر بما إذا وجد حاكماً لثلاث يضيع أسنادها فيقع الضرر واخذها من رواية حنبل عن أحمد في الوصى يدفع الوصية الى الحاكم فيبرأ منها قال ان كان حاكماً فتعم وحكى رواية أخرى انه لا يملك الرد بعد الموت بحال ولا قبله ان لم يعلمه بذلك لما فيه من التغير به وحكى ابن أبي موسى رواية انه ليس له الرد بحال اذا قبلها ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت وحكماهما القاضي في خلافه صريحاً في الحالين

ومنها الوكيل في بيع الرهن اذا عزله الراهن يصح عزله على المنصوص لأن الحاكم يأمره بالبيع ويبيع عليه وخرج ابن أبي موسى وجهاً آخر أنه لا يعزل لأن فيه تغريراً للرهين ويتخرج وجه ثالث بالفرق بين ان يوجد حاكم يأمر بالبيع أولاً من مسألة الوصية

ومنها انه يجوز فسخ عقد الجعالة لكن يستحق العامل أجره المثل لبطلان المسمى بالفسخ فاذا عمل به احد مستنداً اليه استحق أجره المثل كما لو سمي له تسمية فاسدة ويتخرج أن يستحق في جعل الرد الأبق المسمى بالشروع لان المستحق بالاطلاق وقد صار وجود التسمية كالعدم

ومنها اذا فسخ المالك عقد المساقاة وقلنا هي جائزة فان كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت لأنه بملكه بالظهور روايه واحدة لأن حصة المساقى ليست وقاية للمالك بخلاف المضارب وكذلك لو فسخ العامل بعد الظهور وأما ان كان الفسخ قبل الظهور فان كان من العامل فلا شيء له لاعراضه وان كان من المالك فعليه أجره المثل للعامل لانه منعه من اتمام عقد يقضى الى حصول

المسمى له غالباً فلزمه ضمانه وأيضاً فإن ظهور الثمرة بعد الفسخ لعمل العامل فيها اثر بالقيام عليها وخدمتها فلا يذهب عمله مجاناً وقد أثر في حصول المقصود ويتوجه على قول ابن عقيل في المضارب ان يفسخ العقد بالنسبة الى المالك دون العامل فيستحق من الثمرة المسمى له

ومنها اذا زارع رجلاً على أرضه ثم فسخ المزارعة قبل ظهور الزرع او قبل البذر وبعد الحرث قال ابن منصور في مسائله قالت لاحد : الاكاريريد أن يخرج من الارض فيبيع الزرع قال لا يجوز حتى يبدو صلاحه قلت فيبيع عمل يديه وما عمل في الارض وليس فيها زرع قال لم يجب له شيء بعد انما يجب بعد التهام قال ابن منصور يقول يجب له بعد ما يبلغ الزرع لما اشترط عليه أن يعمل حتى يفرغ فاما ان يكون يذهب عمل يديه وما أنفق في الأرض فلا وذلك أنه اذا أخرجه صاحبه وأخرج بأذنه فاذا خرج من ذات نفسه فليس له شيء انتهى فحمل ابن منصور قول احمد انه لا شيء له على ما اذا خرج بنفسه لأنه معرض عما يستحقه من الأرض بخلاف ما اذا أخرجه المالك أو خرج بأذنه وظاهر كلامه أنه يجب له أجره عمله يديه وما أنفق على الأرض من ماله مع ان كلام أحمد قد يحمل على أنه أراد أنه لا يبيع آثار عمله لأنها ليست أعياناً وهذا لا يدل على أنه لاحق له فيها بالكلية ولهذا نقول في آثار الغاصب أنه يكون شريكاً بها على أحد القوانين والمفلس ونحوه لا خلاف فيه مع ان القاضي قال في الأحكام السلطانية قياس المذهب جواز بيع العمارة التي هي الاثارة ويكون شريكاً في الأرض بعمارتها وأفتى الشيخ تقي الدين فيمن زارع رجلاً على مزرعة بستانه ثم أجرها هل تبطل المزارعة انه ان زارعه مزارعة لازمة لم تبطل بالاجارة وان لم تكن لازمة اعطى الفلاح أجره عمله وأفتى ايضاً في رجل زرع أرضاً وكانت بواراً وحرثها فهل له اذا خرج منها فلاحه أنه ان كان له في الأرض فلاحه لم ينتفع بها فله قيمتها دلي من انتفع بها فان كان المالك انتفع بها واخذ عوضاً عنها من المستأجرة فضمانها عليه وان اخذ الاجرة عن الأرض وحدها فضمان الفلاحه على المستأجر المنتفع بها ونص احمد في رواية صالح فيمن استأجر أرضاً معلومة وشرط عليه ان يردّها مفلاوحة كما أخذها ان له ان يردّها عليه كما شرط ويتخرج مثل ذلك في المزارعة

ومنها المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها ولو كان المال عرضاً ولكن للمضارب بيعه بعد الفسخ لتعلق حقه بربحه ذكره القاضي في خلافه وهو ظاهر كلام احمد في رواية الشيخ ابن منصور وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل في باب الشركة ان المضارب لا ينزل مادام عرضاً بل يملك التصرف حتى ينض رأس المال وليس للمالك عزله وان هذا ظاهر كلام احمد في رواية حنبل وذكرنا في المضاربة أنه ينزل بالنسبة الى الشراء دون البيع وحمل صاحب المعنى مطلق كلامهما في الشركة على هذا التقييد ومعناه ان المضارب بعد الفسخ يملك تنضيض المال وليس للمالك منعه من ذلك اذا كان فيه ربح لكن ابن عقيل صرح في موضع آخر بان العامل لا يملك الفسخ حتى ينض رأس المال مراعاة لحق

مالكه ثم قال ابن عقيل اذا قصد المالك بعزله الحيلة لاقتطاع الربح مثل ان يشتري متاعا يرجوه الربح في موسم فيفسخ قبله ليقومه بسعر يومه ويأخذه لم يفسخ في حق المضارب في الربح واذا جاء الموسم أخذ حصته منه فجعل العقد باقياً بالنسبة الى استحقاق نصيبه من الربح الذي أراد المالك اسقاطه بعد انعقاد سببه بعمل المضارب فهو كالفسخ بعد ظهور الربح وقال ابن عقيل أيضاً في باب الجمالة المضاربة كالجمالة لا يملك رب المال فسخها بعد تلبس العامل بالعمل وأطلق ذلك وقال في مفرداته انما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ لثلاثيتمادي به الزمان فيتعطل عليه الارباح قال وهذا هو الأليق بمذهبنا وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه لأنه ذريعة الى غاية الاضرار وهو تعطيل المال عن الفوائد والارباح ولهذا لا يملك عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضاً لكن اذا باع (١) ونض رأس المال يفسخ انتهى وحاصله انه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال ويعلم به ربه لثلاثيتمادي به الضرر بتعطيل ماله عن الربح كما ذكر أنه في الفضول ان المالك لا يملك الفسخ اذا توجه المال الى الربح ولا يسقط به حق العامل وهو حسن جار على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسد الذرائع ولهذا قلنا ان المضارب اذا ضارب لاخر من غير علم الاول وكان عليه في ذلك ضرر ردحقه من الربح في شركة الاول مع مخالفته لاطلاق الاكثرين انه اذا فسخ قبل الظهور فلا شيء له وأما ما ذكره في باب الجمالة ففيه بعد الا أن ينزل على مثل هذا الحال مع أن القاضى ذكر مثله أيضاً في باب الجمالة

ومنها الشركة اذا فسخ أحدهما عقدها بالقول انفسخت وان قال الآخر عزلتك ان عزل المعزول وحده ذكره القاضى وينفسخ مع كون المال عروضاً او ناضاً وحكى صاحب التلخيص رواية أخرى لا يعزل حتى ينض المال كالمضارب قال وهو المذهب (٢) وفرق بان الشريك وكيل والربح يدخل تبعاً بخلاف حق المضارب فانه أصلي ولا يدخل (٣) بدون البيع

ومنها الوكيل اذا وكله في فعل شيء ثم عزله وتصرف قبل العلم تصرفاً يوجب الضمان فهل يضمنه المؤكل فيه وجهان مذكوران فيما اذا وكله في استيفاء القصاص ثم عزله فاستوفاه قبل العلم قال أبو بكر لاضمان على الوكيل فمن الأصحاب من قال لعدم تفريطه ومنهم من قال لأن عفومو كله لم يصح حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه فهو كالمو عفى بعد الرمي قال أبو بكر وهل يلزم المؤكل الضمان على قولين أحدهما لاضمان عليه ووجهه بأن عفوه لم يصح كما ذكرنا وبأنه محسن بالعفو فلا يترتب عليه الضمان به والثاني عليه الضمان لأنه سلطه على قتل معصوم لا يعلم بعصمته فكان الضمان عليه كالمو أمر بالقتل من لا يعلم تحريمه فقتل كان الضمان على الأمر وللأصحاب طريقة

ثانية وهي البناء على انعزال الوكيل قبل العلم فان قلنا لا ينعزل لم يصح العفو فيقع القصاص مستحقا لاضمان فيه، وان قلنا ينعزل صح العفو وضمن الوكيل كآلو قتل مرتدا وكان [قد] أسلم ولم يعلم به وهل يرجع على الموكل على وجهين : احدهما يرجع لتغيره ، والثاني لا لأن العفو احسان منه لا يقتضي الضمان وعلى هذا فالدية على عاقلة الوكيل عند أبي الخطاب لأنه خطأ وعند القاضي في ماله لأنه عمد وهو بعيد . وقد يقال هو شبه عمد كذا حكى صاحب المغنى ، وللاصحاب طريقة ثالثة وهو ان قلنا لا ينعزل لم يضمن الوكيل وهل يضمن العاقلة على وجهين بناء على صحة عفو ، وتردد بين تغيره واحسانه ، وإن قلنا ينعزل لزمته الدية . وهل يكون في ماله أو على عاقلة على وجهين ، وهذه طريقة أبي الخطاب وصاحب الترغيب وزادوا قلنا في ماله فهل يرجع بها على الموكل على وجهين ، ولو وكله في بيع شئ . أو وقفه أو [في] عتق عبده ثم عزله ثم فعل ما وكله فيه قبل العلم بعزله فان قيل لا ينعزل قبل العلم فالتصرف صحيح ولا كلام وان قيل ينعزل فالتصرف باطل وكذلك وتف المشتري وعتقه . وأما استقلاله فقال الشيخ تقي الدين لا يضمنه الوكيل لا تنفاه تفريطه والمشتري مغرور وفي تضمينه خلاف في المذهب واذا ضمن رجوع على الغار على الصحيح والغار هنا لاضمان عليه فلا ضمان على واحد منهما انتهى ، وعلى القول بضمان الوكيل في مسألة (١) استيفاء القصاص من غير رجوع قد يتوجه ضمان الوكيل هنا وفيه بعد أيضا لأن الضمان هنا لو وجب لوجب للغار والغار من شأنه ان يضمن لان يضمن له . وأما المشتري فهو شبه بالمشتري من الغاصب اذا لم يعلم بالغصب ، والمعروف في المذهب تضمينه لكن لا يمكن الرجوع هنا على الوكيل

(القاعدة الحادية والستون)

المتصرف تصرفا عاما على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين وهو الامام، هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية في ذلك وجهان وخرج الأمدى روايتين بناء على ان خطاه هل هو على عاقلة أو في بيت المال لأننا إن جعلناه على عاقلة فهو متصرف بنفسه وان جعلناه في بيت المال فهو متصرف بوكالتهم لهم وعليهم فلا يضمن لهم ولا يهدر خطاه فيجب في بيت المال واختيار القاضي في خلافه أنه متصرف بالوكالة لعدم مهم، وذكر في الاحكام السلطانية روايتين في انعقاد الامامة بمجرد القهر من غير عقد وهذا يحسن ان يكون أصلا للخلاف في الولاية والوكالة أيضا ، وينبنى على هذا الخلاف ايضا انعزاله بالعزل ذكره الأمدى فان قلنا هو وكيل فله أن يعزل

(١) في نسختنا : في ماله والتصحيح عن ٧١١

نفسه وان قلنا هو وال لم يعزل بالعزل كما ان الرسول ليس له عزل نفسه ولا يعزل بموت من بايعه لانه وكيل عن الجميع لا عن اهل البيعة وحدهم، وهل لهم عزله اذا كان بسؤاله فحكمه حكم عزل نفسه، وان كان بغير سؤاله لم يحز بغير خلاف، هذا [ظاهر] ما ذكره القاضى وغيره وأما من كان تصرفه مستفاداً من توليته فان كان نائباً عنه كالوزير فانه كالوكيل له يعزل بعزله وبموته وان كان نائباً عن المسلمين كالأمير العام لم يعزل بموت الامام ذكره القاضى فى الاحكام السلطانية فاما القضاة فهل هم نواب الامام أو المسلمين فيه وجهان معروفان ينبى عليهما جواز عزل الامام له وعزله لنفسه وظاهر كلام القاضى فى الاحكام أن الخلاف مطرد فى ولاية الامارة العامة على البلاد وجباية الخراج. وأما نواب القاضى فتوعان : أحدهما من ولايته خاصة كمن فوض اليه سماع شهادة معينة أو احضار المستعدى عليه فهم كالوكلاء يعزلون بعزله وموته. والثانى من ولايته عامة كخلفائه وأمنائه على الاطفال ونوابه على القرى فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فلا يعزلون بموته على وجهين ذكرهما الأمدى، وصحح صاحب الترغيب عدم الانعزال، وحكى ابن حنبل عن الأصحاب أنهم يعزلون لأنهم نواب القاضى بخلاف القضاة فانهم نواب للمسلمين، ولهذا يجب على الامام نصب القضاة ولا يجب على القضاة الاستنابة، ويجب عنه بان القضاء ليس بفرض كفاية على رواية ولا يجب نصب قاض بالكلية وبأن الوجوب لا يتعلق بمعين فلا أثر له فى عدم نفوذ العزل ولهذا من عنده ودائع وعليه ديون خفية يجب عليه الوصية عند الموت باتائها وله عزل الموصى اليه بذلك واستبداله. وأما المتصرف تصرفاً خاصاً بتفويض من ليس له ولاية عامة فتوعان أحدهما أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولى اليتيم وناظر الوقف فاذا عقد عقداً جائزاً أو متوفع الانفساخ كالشركة والمضاربة والوكالة واجارة الوقف فانها لا تنفسخ بموته لانه متصرف على غيره لا على نفسه وكذلك الوكيل اذا أذن له موكله أن يوكل فيكون وكيله وكيلاً لموكله لاله. والثانى من يفوض حقوق نفسه فنهذ وكالة محضة

﴿ القاعدة الثانية والستون ﴾

فيما يعزل قبل العلم بالعزل، المشهور أن كل من يعزل بموت أو عزل هل يعزل بمجرد ذلك؟ أم يقف عزله على علمه على روايتين. وسواء فى ذلك الوكيل وغيره والاذن للزوجة أو العبد فيما لا يملكه بدون اذن اذا وجد بعده نهى لم يعليه مخرج على الوكيل ذكره القاضى وكذلك اذن المرتين للراهن فى التصرف اذا منع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم ومن الأصحاب من فرق بين

الوكيل وغيره ودخل في هذا صور :

منها الحاكم اذا قيل بانعزاله قال القاضي وأبو الخطاب فيه الخلاف الذي في الوكيل . وفي التلخيص لا ينعزل قبل العلم بغير خلاف ورجحه الشيخ تقي الدين لأن في (١) ولايته حقا لله وان قيل انه وكيل فهو شبيه بنسخ الاحكام لا يثبت قبل بلوغ الناسخ على الصحيح بخلاف الوكالة المحضة . قال: هذا هو المنصوص عن أحمد وأيضا فان ولاية القاضي عامة لما يترتب عليها من عموم العقود والفسوخ فتعظم البلوى بإبطالها قبل العلم بخلاف الوكالة

ومنهم اعقود المشاركات كالشركة والمضاربة، والمشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة وقد ذكرنا عن ابن عقيل فيما سبق في المضاربة أنها لا تنفسخ بفسخ المضارب حتى يعلم رب المال ومنها الوديعة وقد ذكر القاضي في مواضع كثيرة من خلافه ان للودع فسخها بالقول في غيبة المودع وتنفسخ قبل علم المودع بالفسخ وتبقى في يده أمانة كمن أطارت الريح الى بيته ثوبا لغيره، ثم إنه ذكر في مسألة الوكالة أن الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول وإنما تنفسخ بالرد الى صاحبها أو بان يتعدى المودع فيها فلو قال المودع بمحضر من رب الوديعة أو في غيبته فسخت الوديعة أو أزلت نفسها عنها لم تنفسخ قبل أن يصل الى صاحبها ولم يضمنها . فاما أن يكون هذا تفريقا بين فسخ المودع والمودع أو يكون اختلافا منه في المسألة والاول أشبه لأن فسخ المودع اخراج للودع عن الاستحفاظ وهو يملكه وأما المودع فليس له فيها تصرف سوى الامساك والحفظ فلا يصح أن يرفعه مع وجوده ويلتحق بهذه القاعدة

﴿ القاعدة الثالثة والستون ﴾

وهي أن من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر عليه به ويندرج تحت ذلك مسائل :
منها الطلاق . ومنها الخلع فانه يصح مع الاجنبي على المذهب سواء قيل هو فسخ أو طلاق ولنا وجه آخر أنه لا يصح مع الاجنبي اذا قلنا انه فسخ كالأقالة والصحيح خلافه لأن فسخ البيع اللازم لا يستقل به أحد المتبايعين بخلاف النكاح فان الزوج يستقل بإزالته بالطلاق . ومنها العتق ولو كان على مال نحو اعتق عبدك عني وعلى ثمنه . ومنها فسخ المعتقة تحت عبد . ومنها فسخ المبيع المعيب والمدلس وكذلك الاجارة . ومنها فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر

(١) سقط ما بعد هذا الى أثناء القاعدة السابعة والستين في نسخة ٧١٢
في ٧١١ أخرى وكتبت كلمة « أخرى » بعد عنوان القاعدة وقبل كلمة هي

وقد سبقت، ومنها الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر عند القاضي والاكثرين وخرج أبو الخطاب فيها وجه آخر أنه لا يفسخ الا أن يبلغه في المدة من عزل الوكيل وفيه نظر فان من له الخيار يتصرف بالفسخ لنفسه ، وهذه الفسوخ على ضربين: احدهما ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به فلا يتوقف الفسخ به على حاكم كسائر ما ذكرنا : والثاني ما هو مختلف فيه كالفسخ بالعنة والعيوب في الزوج وغيبته ونحو ذلك فيفتقر الى حكم حاكم لانها أمور اجتهادية فان كان الخلاف ضعيفا يسوغ نقض الحكم به لم يفتقر الفسخ به الى حكم حاكم ويتفرع على ذلك أخذ بائع المفلس سلعته اذا وجدها بعينها وفيه وجهان بناء على نقض الحكم بخلافه والمنصوص عن أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد أنه له ذلك ، وكذلك تزوج امرأة المفقود فان في توقف فسخ نكاحها على الحاكم روايتين ، قال في رواية ابن منصور تنزوج وان لم تأت السلطان وأحب الى أن تأتيه ولعله رأى الحكم بخلافه لا يسوغ لأنه اجماع عمر والصحابة ، ورجح الشيخ تقي الدين أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حاكم

﴿ القاعدة الرابعة والستون ﴾

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحث عنه على الاذن فتصرف قبل العلم به ثم تبين أن الاذن كان موجودا هل يكون كتصرف المأذون له أولا في المسألة وجهان تخرج عليهما صور :

منها لو تصرف في مال غيره بمقد أو غيره ثم تبين أنه كان أذن له في التصرف هل يصح أم لا فيه وجهان .

ومنها لو قال لزوجته ان خرجت بغير اذن فانت طالق ثم أذن لها ولم تعلم باذنه فخرجت فهل تطلق فيه وجهان ، وأشهرهما - وهو المنصوص - أنها تطلق لأن المحلوف عليه قد وجد وهو خروجها على وجه المشاقة والمخالفة فأنها اقدمت على ذلك ولأن الاذن هنا أباحه بعد حظر فلا يثبت في حقها بدون علمها كإباحة الشرع، ولأبي الخطاب في الانتصار طريقة ثانية وهي أن دعواه الاذن غير مقبولة لوقوع الطلاق في الظاهر فلا أشهد على الاذن لنفعه ذلك ولم تطلق وهذا ضعيف ومنها لو أذن البائع للمشتري في مدة الخيار في التصرف فتصرف بعد الاذن وقبل العلم فهل ينفذ أم لا يخرج على الوجهين في التوكيل وأولى وجزم القاضي في خلافه بعدم النفوذ

ومنها لو غصب طعاما من انسان ثم أباحه له المالك ثم أكله الغاصب غير عالم بالاذن

ضمن ذكره أبو الخطاب في الانتصار وهو بعيد جدا والصواب الجزم بعدم الضمان لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون كمن وطئ امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته فانه لا مهر عليه ولا عبرة باستصحاب أصل الضمان مع زوال سببه كما أنه لو أكل في الصوم يظن الشمس لم تغرب فتبين أنها كانت غربت فانه لا يلزمه القضاء ويلتحق بهذه

(القاعدة الخامسة والستون)

وهي من تصرف في شيء يظن انه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه ، وفيه الخلاف ايضا ويندرج تحتها صور: منها لو باع ملك ابيه بغير اذنه ثم تبين أن ابيه كان قد مات ولا وارث له وفي صحة تصرفه وجهان ويقال روايتان (١)

ومنها لو طلق امرأة يظنها اجنبية فتبينت زوجته ففي وقوع الطلاق روايتان ، وبناءها ابوبكر على ان الصريح هل يحتاج الى نية ام لا ؟ قال القاضي إنما هذا الخلاف في صورة الجهل بأهلية المحل ولا يطرد مع العلم به

ومنها لو لقي امرأة في الطريق فقال تنحى يا حرة فاذا هي امته وفيه الخلاف ايضا ، ونص احمد على ذلك وفي المغنى احتمال بالتفريق لأن هذا يقال كثيرا في الطريق ولا يراد به العتق . وهذا مع اطلاق القصد فاما ان قصد به المدح بالعفة ونحوها فليست من المسألة بشيء ويتنزل الخلاف في هذا على [أن] الرضا بغير المعلوم هل هو رضى معتبر والاظهر عدم اعتباره ومنها لو أبرأه من مائة درهم مثلا معتقدا انه لا شيء له [عليه] ثم تبين أنه كان له في ذمته مائة درهم وفيه الوجهان

ومنها لو جرحه جرحا لا قصاص فيه فعفا عن القصاص وسرايته ثم سرى الى نفسه فهل يسقط القصاص ؟ يخرج على الوجهين أشار الى ذلك الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية وبناء على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته كالدية، وجزم القاضي وغيره بأنه لا يصح العفو ههنا ومنها لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان مينا قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة أو انه كان طلقها ففي صحة النكاح الوجهان ذكره القاضي ورجع صاحب المغنى عدم الصحة هنا لفقد شرط النكاح في الابتداء كما لو تزوجت المرأة قبل زوال الرية ومنها لو أمره غيره باعتاق عبيظن انه للآمر فتبين أنه عبده ففي التلخيص يحتمل تخريجه على من

أعتق عبداً في ظلمة ثم تبين أنه عبده لكن يرجع هنا على الأمر بالقيمة لتغريبه له ، ويحتمل أن لا ينفذ لتغريبه بخلاف ما اذا لم يغره أحد فانه غير معذور فينفذ عتقه لصادفته ملكه اذ المخاطبة بالعتق لعبده غيره شبيه بعتق الهازل والمتلاعب فينفذ ، وكذلك في الطلاق ونظير هذه في الطلاق أن يوكله شخص في تطليق زوجته ويشير الى امرأة معينة فيطلقها ظاناً أنها امرأة الموكل ثم تبين انها امرأته . وقد تخرج هذه المسئلة على مسألة ما اذا نادى امرأة له فأجابته (١) امرأته الأخرى فطلقها ينوي المناداة فانه تطلق المناداة وحدها ولا تطلق المواجهة في الباطن وفي الظاهر روايتان ، فعلى هذا لا تطلق الموكل في طلاقها هنا وقد يفرق بينهما بان الطلاق هنا انصرف الى جهة مقصودة فلم يحتمل الى صرفة الى غير المقصودة وان كانت مواجهة به بخلاف ما اذا لم يكن هناك جهة سوى المواجهة فان الطلاق يصير يصرفه (٢) عنها هزلاً واعياً ولا هزلاً في الطلاق

ومنها لو اشترى آبقاً يظن انه لا يقدر على تحصيله فبان بخلافه ففي صحة العقد وجهان لا اعتقاده فقد شرط الصحة وهو موجود في الباطن وفي المعنى احتمال ثالث بالفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع يفسد البيع في حقه لأنه متلاعب ، وبين من لا يعلم ذلك فيصح لأنه لم يقدم على ما يعتقد باطلاً وقد تبين وجود شرط صحته . وهذا يبين أن للمسئلة التفاتاً إلى مسئلة بيع الهازل والمشهور بطلانه وهو قول القاضي . وقال ابو الخطاب في انتصاره هو صحيح وهذا يرجع وجه بطلان البيع في المسائل المبدوء بها

(القاعدة السادسة والستون)

ولو تصرف مستنداً الى سبب ثم تبين خطؤه فيه وان السبب المعتمد غيره وهو موجود فهو نوعان : أحدهما أن يكون الاستناد الى ما ظنه صحيحاً أيضاً فالتصرف صحيح مثل أن يستدل على القبلة بنجم يظنه الجدى ثم تبين أنه نجم آخر مسامته : والثاني أن لا يكون ما ظنه مستنداً [استناداً] صحيحاً مثل أن يشتري شيئاً ويتصرف فيه ثم تبين أن الشراء كان فاسداً وانه ورث تلك العين فان قلنا في القاعدة الأولى بالصحة فهنا أولى ، وان قلنا ثم بالبطلان فيحتمل هنا الصحة لانه استند إلى سبب مسوغ وكان في نفس الامر له مسوغ غيره فاستند بالتصرف الى مسوغ في الباطن والظاهر بخلاف القسم الذي قبله ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله [والمذهب هنا الصحة بل لا ريب لأن اصحابنا اختلفوا فيها اذا وهب الغاصب المغصوب] من

(١) في الاصل فأجابته (٢) كذا في الاصل ولعلها يصير صرفه عنها

مالكه واقبضه اياه هل يبرأ به أم لا وحكى فيه ابن ابى موسى روايتين والمشهور انه لا يبرأ نص عليه احمد معللا بانه يحمل منته وربما كافاه على ذلك واختار القاضى فى خلافه وصاحب المغنى انه يبرأ لان المالك تسليه تسليما تاما وعادت سلطته اليه فبرىء [الغاصب] بخلاف ما اذا قدمه اليه فأكاه فانه أباحه اياه ولم يملكه [اياه] فلم يعد الى سلطنته وتصرفه ولهذا لم يكن له التصرف فيه بالبيع والهبة وهذا اتفاق من احمد وأصحابه على ان تصرفات المالك تعود اليه بعود ملكه على طريق الهبة من الغاصب وهو لا يعلم بالحال

(القاعدة السابعة والستون)

من استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره وكان قد رجع اليه ذلك الحق بهبة أو إبراء من يستحق عليه الرجوع فهل يستحق الرجوع بيده أم لا؟ فى المسئلة وجهان ولها صور :

منها باع عينائهم وهب ثمنها للبشترى أو أبرأه منه ثم بان بها عيب يوجب الرد فهل له ردها والمطالبة بالثمن أم لا على وجهين. وكذا لو أبرأه من بعض الثمن فهل له المطالبة بقدر ما أبرأه منه على الوجهين، واختار القاضى فى خلافه أنه اذا رده لم يرجع عليه بشيء مما أبرأه منه ويتخرج التفريق بين الهبة والإبراء فيرجع بالهبة دون الإبراء وسند ذكر أصله ولو ظهر هذا المبيع [معيبا] بعد أن تعيب عنده فهل له المطالبة بأثرش العيب فيه طريقان أحدهما يخرج به على الخلاف فى رده والاخرى يمنع المطالبة هنا وجهاً واحداً وهو اختيار ابن عقيل لأنه صار منه تبرعاً فلا يملك المطالبة بزيادة عليه لئلا تجتمع له المطالبة بالثمن وبعض الثمن بخلاف ما اذا رده فانه لا يجتمع له ذلك ومنها لو تقايلا فى العين بعد هبة ثمنها أو الإبراء منه

ومنها لو أصدق زوجته عينا فوهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول فهل يرجع عليها بيدل نصفها على روايتين، فان قلنا يرجع فهل يرجع اذا كان الصداق ديناً فأبرأته منه على وجهين أحدهما لا يرجع لأن ملكه لم يزل عنه

ومنها لو كاتب عبده ثم أبرأه من دين الكتابة وعقق فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه بما كان له عليه من الإيتاء الواجب أم لا؟ من الأصحاب من خرجها على الخلاف وضعف صاحب المغنى ذلك لأن إسقاطه عنه يقوم مقام إيتائه، ولهذا لو أسقط عنه القدر الواجب إيتاؤه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتیه شيئاً، وأيضاً فالسيد أسقط عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه اياه فقام مقام الإيتاء بخلاف إسقاط المرأة الصداق قبل الطلاق

ومنها لو شهد شاهدان بمال لزيد على عمرو ثم رجع، وقد قبضه زيد من عمرو ثم وهبه له لم يسقط عنها الضمان، ولو كان ديناً أبرأه منه قبل قبضه ثم رجع لم يلزمها شيء ذكره القاضي في خلافه ولم يخرج على الخلاف في المسائل الأولى لأن الضمان لزمها بوجود التبريم وعود العين إلى الغارم من المحكوم له بهبة لا يوجب البراءة كما لا يبرأ الغاصب بمثل ذلك في الرد إلى المصوب منه لتحمل منه نعم يتخرج القول بسقوط الضمان هنا إذا قلنا ببراءة الغاصب بإعادة المال إلى المصوب منه هبة لأنهما اعترفا بأنه قبضه عدواناً ثم رده إليه هبة، وأما إذا أبرأه منه قبل القبض فلم يترتب تلي شهادتهما غرم فذلك سقط عنها الضمان

ومنها لو قضى أئضامن الدين ثم وهبه الغريم ما قضاه بعد قبضه فهل يرجع على المضمون عنه ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يرجع. ولهذا قالوا لو قضى الدين بنقيضه لم يرجع إلا بما قضى وجعلوه كالمقرض لا يرجع إلا بما غرم اتكن هذا في الإبراء والمساحة ظاهر فاما إن قضى الدين لكأله ثم وهبه الغريم منه فلا يبعد تخريجه على الوجهين

﴿ القاعدة الثامنة والستون ﴾

إيقاع العبادات أو العقود أو غيرها مع الشك في شرط صحتها هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط أم لا؟ هي نوعان: أحدهما ما يشترط فيه النية الجازمة فلا يصح إيقاعه بهذا التردد ما لم يكن الشك غلبة ظن تكفى مثله في إيقاع العبادة أو العقد كغلبة الظن بدخول الوقت وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك. ومن أهلة ذلك إذا صلى بظن نفسه حدثاً فتبين متطهراً ومنها لو شك هل ابتداء [مدة] مسح الحفين في السفر أو الحضر فمسح يوماً آخر بعد انقضاء مدة الحضر ثم تبين أنه ابتدأها في السفر لزمه إعادة الصلاة بالشك وهل يلزمه إعادة الوضوء فيه وجهان: أحدهما لا يلزمه وبه جزم في المعنى لأن الوضوء يصح مع الشك في سببه كمن شك في الحدث فتوضأ بنوى رفعه ثم تبين محدثاً. والثاني يلزمه لأن المسح رخصة ولم يتحقق إباحتها فلم يصح كمن قصر وهو يشك في جواز القصر

ومنها [لو توضأ من أذاء متبته ثم تبين أنه طاهر لم تصح طهارته في المشهور وقال القاضي أبو الحسين يصح وهو يرجع إلى أن الجزم بصحة الوضوء لا يشترط كما سبق (١)] ومنها لو توضأ شاك في الحدث أو صلى مع غلبة ظنه بدخول الوقت ونوى الفرض إن كان محدثاً أو الوقت قد دخل وإلا

(١) ما بين الأقواس عن ٧١١

فالتجديد أو النفل ، فذكر ابن عقيل انه يجزئه لأن هذا حكمه ولو لم يشوه ، فاذا نواه لم يضره .
ومنها لو كان له مال حاضر وغائب فأدى زكاة ونوى أنها عن الغائب إن كان سالما والا ففتقن
فبان سالما أجزأه لما ذكرنا وحكى عن أبي بكر أنه لا يجزئه لأنه لم يخلص النية عن الفرض .
ويخرج منه وجه في التي قبلها أنه لا يصح وأولى لأن هناك لم يبن على أصل مستصحب ولكنه
بنى على غلبة ظن بدخول الوقت وهو يكفي في صحة الصلاة

ومنها إذا نوى ليلة الشك إن كان غدا من رمضان فهو فرضي (١) وإلا فهو نفل . فهل يجزئه عن
رمضان إن وافق ؟ يبنى على أن نية التعيين هل تشترط لرمضان فإن قلنا تشترط وهو المشهور في المذهب
لم يجزئه لأنه لم يجزم بالتعيين ولم يبن على أصل مستصحب يجوز الصيام فيه بخلاف مسألة الزكاة
وهذا بخلاف ما لو نوى ليلة الثلاثين من رمضان إن كان غدا من رمضان فأنا صائم عنه وإلا
فإنما فطره فإنه يصح صيامه في أصح الوجهين لأنه بنى على أصل لم يثبت زواله ولا يقدر ترده لأنه
حكم صومه مع الجزم . والثاني وهو قول أبي بكر لا يجزئه للتردد ، ونقل صالح عن أبيه أنه يجزئه
النية المترددة مع الغيم دون الصحو لأن الصوم مع الغيم لا يخلو من تردد ينافي الجزم فاذا ترددت
النية فقد نوى حكم الصوم فلا يضره بخلاف حالة الصحو فإنه لا يحتاج فيها إلى التردد . والنوع
الثاني ما لا يحتاج إلى نية جازمة فالصحيح فيه الصحة وقد سبق من أمثله إذا نكحت امرأة المفقود
قبل أن يجوز لها النكاح ثم تبين أنه كان جائزا ففي الصحة وجهان

ومنها لو كان عند رجل دنائير وديعة فصارفه عليها وهو يحمل بقاءها ففيه وجهان : أحدهما
وهو قول القاضي في المجرد لا يصح لأنها ليست تالفة فتكون مصارفة عليها وهي في الذمة ولا حاضرة
فتكون مصارفة على عين ، والثاني وهو قول ابن عقيل أنه يصح لأن الأصح بقاءها فصار كبيع
الحيوان الغائب بالصفة فإنه يصح مع احتمال تلفه لأن الأصل بقاءه قال ابن عقيل فإن كانت
باقية تقابضا وصح العقد وإن كانت تالفة تبين بطلان العقد ، وهذا الذي قاله صحيح إذا تلفت بغير
تفريط فاما ان تلفت تلفاً مضموناً في الذمة فيبنى على تعيين النقود بالتعيين فإن قلنا يتعين لم يصح
العقد وإلا يصح وقامت الدنائير التي في الذمة مقام الوديعة لا (٢) على الوجه الذي يشترط فيه
للصرف التعيين فلا يصح على ما في الذمة

ومنها لو وكله في شراء جارية فاشترأها له ثم جحد الموكل الوكالة فاراد الوكيل أن يشتريها
منه فلم يعترف بالملك ثم قال له ان كنت أذنت لك في شرائها فقد بعثتها فما يصح أم لا على

(١) كذا بالأصل ولعلها فرض (٢) في ٧١١ : الا

وجهن أحدهما لا يصح لأن البيع لا يصح تعليقه وهو قول القاضي وابن عقيل . والثاني يصح ذكره في الكافي احتمالا لأنه تعليق على شرط واقع يعلمانه فلا يؤثر ذكره في العقد كما أو قال بعثك هذه إن كانت جارية ويشهد له نص أحمد في رواية ابن منصور بصفة بيع الغائب إن كان سالما فإن هذا مقتضى إطلاق العقد فلا يضر تعليق البيع [عليه]

ومنها الرجعة في عقد نكاح شك في وقوع الطلاق فيه قال أصحابنا هي رجعة صحيحة رافعة للشك وهي المسألة التي ائتم فيها شريك بأنه يطلق ثم راجع ومأخذه أن الرجعة مع الشك في الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط ولا يصح تعليقها فلا يصح تمثيل قوله بمن شك في نجاسة ثوبه فأمر بتنجيئه ثم يغسله وكذلك لم يصب من أدخل قوله في أخبار المغفلين فإن مأخذه في ذلك خفي عنه فإما الرجعة مع الشك في حصول الإباحة بها كمن طلق وشك هل طلق ثلاثا أو واحدة ثم راجع في العدة فيصح عند أكثر أصحابنا هنا لأن الأصل بقاء النكاح وقد شك في انقطاعه والرجعة استيفاء له فصح مع الشك في انقطاعه [وعند الخرقى لا يصح لأنه قد يتقن سبب التحريم وهو الطلاق فانه إن كان ثلاثا فقد حصل التحريم بدون زوج وإصابة وإن كان واحدة فقد حصل به التحريم بعد المنيوتة بدون عقد جديد فالرجعة في العدة لا يحصل بها الحل إلا على هذا التقدير فقط فلا يزول الشك مطلقا فلا يصح لأن يتقن سبب وجود التحريم مع الشك في وجود المانع منه يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك في وجود المانع فيستحب حكم [وجود] السبب كما يعمل بالحكم ويلغى المانع المشكوك فيه كما يلغى مع يقن وجود حكمه وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الخرقى في تعليقه بأنه يتقن التحريم وشك في التحليل فظنوا أنه يقول بتحريم الرجعة وليس بلام لما ذكرنا.

ومنها أو حكم حاكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق في غيره أتم وعصى بذلك ولم ينقض حكمه إلا أن يكون مخالفاً لنص صريح ذكره ابن أبي موسى وقال السامري بل ينقض حكمه لأن شرط صحة الحكم موافقة الاعتقاد ، ولهذا لو حكم بجهل لنقض حكمه مع أنه لا يعتد بطلان ما حكم به فإذا اعتقد بطلانه فهو بالرد أولى وللاصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق أحدهما تنقض جميع أحكامه لفقد أهليته وهو قول أبي الخطاب وغيره . الثاني تنقض كلها إلا ما وافق الحق المنصوص والمجمع عليه وينقض ما وافق الاجتهاد لأنه ليس من أهله وهو اختيار صاحب المائتي ويشبه هذا القول في الوصي الفاسق إذا قسم الوصية فإن أعطى الحقوق لمستحق معين يصح قبضه لم يضمه لأنه يجب إيصاله إليه وقد حصل وإن كان لغير معين فوجهان

ومنها الحكم بإسلام من اتهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه حكم صحيح وإن حصل التردد في مستنده هل هو الإسلام المستمر على ما يدعيه أو الإسلام المتجدد على تقدير صحة ما اتهم به . وقد قال الخرقى ومن شهد عليه بالردة فقال ما كفرت فإن شهد أن لا إله إلا الله وإن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء قال في المغنى لأن هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي فكذلك المرتد قال ولا حاجة في ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحة رده ونقل محمد بن الحكم عن أحمد فيمن أسلم من أدل الكتاب ثم ارتد فشهد قوم عدول أنه تنصر أو تهود وقال هو لم أفعل أنا مسلم قال أقبل قوله ولا أقبل شهادتهم وذكر كلاماً معناه أن إنكاره أقوى من الشهود وكذلك نقل عنه أبو طالب في رجل تنصر فأخذ فقال لم أفعل قال يقبل منه وعلل بأن المرتد يستتاب لعله يرجع فيقبل منه فإذا أنكر بالكلية فهو أولى بالقبول وليس في هذه الرواية أنه ثبت عليه الردة ولا فيها أنه وجد منه غير إنكار الردة ، وأما مسألة محمد بن الحكم فقيهاً أنه قال أنا مسلم وذلك يحصل به الإسلام كالأشهادتين وظاهر كلام أحمد يدل على أن إنكاره يكفي في الرجوع إلى الإسلام ولو ثبتت عليه الردة بالبينة وهو خلاف قول أصحابنا . وأما أن ثبت كفره بإقراره عليه ثم أنكر ففي المغنى يحتمل أن لا يقبل إنكاره وإن سلمنا فلائذ الحدهنا وجب بقوله فيقبل رجوعه عنه بخلاف ما ثبت بالبينة كما في حد الزنا

(القاعدة التاسعة والستون)

العقد الوارد على عمل معين إما أن يكون لازماً ثابتاً في الذمة بعوض كالإجارة فالواجب تحصيل ذلك العمل ولا يتعين أن يعمله المعقود معه إلا بشرط أو قرينة تدل عليه وأما إن يكون غير لازم وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الإذن فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه في عمله إلا بإذن (١) صريح أو قرينة دالة عليه ويتردد بين هذين من كان تصرف بولاية إما ثابتة بالشرع كولي النكاح أو بالعقد كالحاكم وولي اليتيم أما الأول فله صور :

منها الاجير المشترك فيجوز له الاستئابة في العمل لأنه ضمن تحصيله لأعماله بنفسه واستثنى الأصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوتاً كالفسخ فليس له الاستئابة فيه بدون إذن المستأجر صريحاً ونقلت من خط القاضي على ظهر جزء من خلافه قال نقات من مسائل ابن أبي حرب الجرجاني (٢) سمعت أبا عبد الله سئل قال دفعت ثوباً إلى خياط فقطعه ثم دفعه إلى آخر ليخيطه قال هو

(١) بالأصل بالإذن والتصحيح عن ٧١٢ _ (٢) في ٧١١ الجرجاني

ضامن ولعل هذا فيما [إذا] دلت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستأجر لجودة صناعته وحنقه وشهرته بذلك ولا يرضى المستأجر بعمل غيره والمذهب الجواز بدون القرينة وعليه بنى الاصحاب صحة شركة الابدان حتى أجازوها مع اختلاف الصنائع على أحد الوجهين وكذلك لو استأجر أجيرا لعمل وهو لا يحسنه ففى الصحة وجهان لأن العقد وقع على ضمان تسليم العمل وتحصيله لا على المباشرة

ومنها لو أصدقها عملا معلوما مقدراً بالزمان أو بغيره وقلنا يصح ذلك فهو كالأجير المشترك .
وأما الثانى وهو المتصرف بالأذن المجرد فله صور :

منها الوكيل وفى جواز توكيله بدون إذن روايتان معروفتان الا فيما اقتضته دلالة الحال مثل أن يكون العمل لا يباشره مثله أو يعجز عنه لسكثته فله الاستئابة بغير خلاف لكن هل له الاستئابة فى الجميع أو فى القدر المعجوز عنه خاصة على وجهين والاول اختيار صاحب المغنى والثانى قول القاضى وابن عقيل

ومنها العبد المأذون له فيه وفيه طريقان : أحدهما أنه كالوكيل وهو المذكور فى الكافى لأنه استفاد التصرف بالأذن [فهو] كالوكيل . والثانى ليس له الاستئابة بدون إذن أو عرف بغير خلاف وهو ما ذكره فى التلخيص لقصور العبد فى أملاكه وتصرفاته فلا يملك التصرف بدون إذن أو قرينة

ومنها الصبي المأذون له وهو كالوكيل ذكره فى الكافى

ومنها الشريك والمضارب وفيهما طريقان : أحدهما أن حكمهما حكم الوكيل على الخلاف فيه وهى طريقة القاضى والأكثرين . والثانية يجوز لهما التوكيل بدون إذن وهو المجزوم به فى المحرر وكذلك رجحه أبو الخطاب فى رموس المسائل لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالباً وهذه قرائن تدل على الأذن فى التوكيل فى البيع والشراء وكلام ابن عقيل يشعر بالتفريق بين المضارب والشريك فيجوز للشريك التوكيل لأنه علل بأن الشريك استفاد بعقد الشركة ما هو دونه وهو الوكالة لأنها أخص والشركة أعم فكان له الاستئابة فى الأخص بخلاف الوكيل فانه استفاد بحكم العقد مثل العقد وهذا يدل على الحاق المضارب بالوكيل ، وهذا الكلام فى توكيلهما فى البيع والشراء فاما دفع المضارب المال مضاربة الى غيره فلا يجوز بدون إذن صريح نص عليه أحمد وعلل بانه إنما ائتمنه على المال فكيف يسلمه الى غيره ، وحكى فيه رواية أخرى بالجواز وأما الثالث وهو المتصرف بالولاية فمنه ولى اليتيم وفيه طريقان أحدهما أنه كالوكيل وهى طريقة القاضى وابن

عقيل وصاحب المغنى لأن تصرفه بالاذن فهو كالوكيل . والثانى أنه يجوز التوكيل بخلاف الوكيل ورجحه القاضى وابن عقيل أيضا فى كتاب الوصايا وأبو الخطاب وجزم به فى المحرر لأنه متصرف بالولاية وليس وكيلاً محضاً فإنه يتصرف بعد الموت بخلاف الوكيل ولأنه يعتبر عدالته وأمانته وهذا شأن الولايات ولأنه لا يمكنه الاستئذان أو تطول مدته ويكثر تصرفه بخلاف الوكيل هذا فى توكيله فاما فى وصيته إلى غيره ففيها روايتان منصوصتان واختار المنع أبو بكر والقاضى

ومنها الحاكم هل له أن يستنيب غيره من غير إذن له فى ذلك وفيه طريقتان : أحدهما طريق القاضى فى المجرد والخلاف أنه كالوكيل على ما مر فيه . والثانى وهو طريق القاضى فى الاحكام السلطانية وابن عقيل وصاحب المحرر ان له الاستخلاف قولاً واحداً ونص عليه احمد فى رواية مهنا بناء على أن القاضى ليس بنائب للإمام بل هو ناظر للمسلمين لا عمن ولاه ولهذا لا يعزل بموته ولا بعزله على ما سبق فيكون حكمه فى ولايته حكم الإمام بخلاف الوكيل ولأن الحاكم يضيق عليه تولى جميع الاحكام بنفسه ويؤدى ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة فأشبهه من وكل فيما لا يمكنه مباشرة عادة لكثيرته ومنه ولى النكاح فان كان مجبراً فلا إشكال فى جواز توكيله لأن ولايته ثابتة شرعاً من غير جهة المرأة ولذلك لا يعتبر معه اذنها وإن كان غير مجبر ففيه طريقتان أحدهما أنه كالوكيل وهى طريقة القاضى لأنه متصرف بالاذن . والثانى [أنه] يجوز له التوكيل قولاً واحداً وهو طريق صاحب المغنى والمحرر لأن ولايته ثابتة بالشرع من غير جهة المرأة فلا تتوقف استنابته على اذنها كالمجبر واما افتراقا على اعتبار اذنها فى صحة النكاح ولا أثر له هنا

﴿ القاعدة السبعون ﴾

الفعل المتعدى إلى مفعول أو المتعاقب بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقة عاماً فهل يدخل الفاعل الخاص فى عمومه أم يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم أو يختلف ذلك بحسب القرائن فيه خلاف فى المذهب ، والمرجح فيه التخصيص إلا مع التصريح بالدخول أو قرائن تدل عليه وتترتب على ذلك صور متعددة :

منها النهى عن الكلام والإمام يخطب لا يشمل الإمام على المذهب المشهور ومنها الأمر بإجابة المؤذن هل يشمل المؤذن نفسه المتصوص ههنا الشمول والأرجح عدمه طرداً للقاعدة

ومنها إذا أذن [السيد] لعبده فى التجارة لم يملك أن يوجر نفسه ، وللمنع مأخذ آخر وهو أن

المنافع ليست من أموال التجارة ذكره القاضي

ومنها إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق السيد لم يملك أن يعتق نفسه وخرجها أبو بكر على وجهين وهذا يتمشى على طريقته وطريقة ابن حامد والمتقدمين أن تكفير العبد بالمال لا يبنى على ملكه بالتملك بل يكفر به إذن السيد وإن لم يملكه، وإلا فلو ملك نفسه لا نعتقت عليه قهراً ولم تجزئه عن الكفارة

ومنها هل يكون الرجل مصرفاً لكفارة نفسه في المسئلة روايتان ثم من الأصحاب من يحكيهما في غير كفارة الجماع في رمضان لورود النص فيها، ومنهم من حكاهما في الجميع وجعل ذلك خصوصاً للأعرابي وأسقاط الكفارة عنه لعجزه وكونها لا تفضل عنه (١) واختلفوا في محل الخلاف فقيل هو إذا كفر الغير عنه بأذنه هل يجوز له أن يصرفها إليه أم لا بناء على أن التكفير من الغير عنه لا يستلزم دخولها في ملكه قبل ملك الفقير لها كما تقدم مثله في العتق وقيل بل إذا تصدق عليه بها لفقره هل يجوز أن يأكلها وتكون كفارة أم لا وهي طريقة ابن أبي موسى

ومنها هل يكون الرجل مصرفاً لزكاته إذا أخذ الساعي منه فقد برئت ذمته منها فله أن يعيدها إليه بعد ذلك، وهذا هو المنصوص عن أحمد واختيار القاضي لأن عودها إليه همنا [بسبب] متجدد فهو كارتبه لها ولا نقول أنه قبضها عن زكاة ماله لأنه يرى من زكاة ماله قبض الساعي وإنما يأخذها من جملة الصدقات المباحة له، وقال أبو بكر مذهب أحمد لا يحل له أخذها ذكره في زكاة الفطر وعلل بأنها طهرة فلا يجوز أن يتطهر بما قد تطهر به وهكذا الخلاف في رد الإمام خمس الفى والغنيمة على من أخذها منه وأما إسقاطها قبل القبض فلا يجوز لأن الأبراء من الدين لا يسقط الزكاة ولا الخمس بل يجب فيها القبض بخلاف الخراج والعشر المأخوذ من تجار أهل الكتاب لأنه في فيجوز للإمام إسقاطه ممن هو واجب عليه إذا رأى فيه المصلحة وكذلك خمس الركاز إذا قيل هو في

ومنها هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه كما إذا وقف [شيئاً] على الفقراء ثم افتقر فانه يدخل على

(١) يشير إلى ما ورد في حديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلك يارسول الله قال وما أهلك قال وقعت على امرأتى في رمضان قال هل تجد ما تعتق به رقة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فأتى النبي بفرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى أقر منى فما بين لايتها أهل بيت أحوج إليه منا قال فضحك النبي حتى بدت أنياباه ثم قال اذهب فاطعمه أهلك

الأصح ونص عليه أحمد في رواية المروزي وكذلك لو انقطع مصرف الوقف وقلنا يرجع إلى أقاربه وقفاً وكان الواقف حياً هل يرجع إليه على روايتين حكاهما ابن الزاغوني في الاقناع وجزم ابن عقيل في المفردات بدخوله، وكذلك لو وقف على أولاده وأنسابهم [لهم] أبداً على أنه من توفي منهم عن غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفي أحد أولاده عن غير ولد والاب الواقف حي فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أم لا يخرج على ما قبلها والمسئلة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه

ومنها الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه فيه روايتان معروفتان وللنوع مأخذان : أحدهما التهمة وخشية ترك الاستقصاء في الثمن ، والثاني أن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراجهم من جملة المشترين لأنه جعله بائعاً فلا يكون مشترياً ، وهذان المأخذان ذكرهما القاضي وغيره والثالث أنه لا يجوز أن يتولى طرف في العقد واحد بنفسه ويأخذ باحدى يديه من الأخرى فإذا وكل رجلاً يشتري له منه جاز نقل ذلك حبل عن أحمد فعلى المأخذ الأول لا يجوز له البيع ممن يهتم بمحابة أيضاً وهو ممن لا تقبل شهادته له ، ومنهم من خصه بمن له عليه ولاية وهو ولده الصغيردون من لا ولاية له عليه وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل ، صاحب المغنى ، وعلى الثاني والثالث يجوز له البيع من غيره إذا كان اهلاً للقبول ، ويجوز على المأخذ الثالث أيضاً أن يوكل من يشتري له لاندفاع محذور إيجاب الموجب والقابل ، وإن وكل من يبيع السائمة ويشتريها هو فذكر ابن أبي موسى أنه إن كان ماؤذوناً له في التوكيل في البيع جاز الشراء من وكيله قولاً واحداً بناء على أن هذا الوكيل الثاني وكيل للوكيل الأول فكأنه اشترى السلعة من مالكها ، وإن كان لم يأذن له في التوكيل انبنى على جواز توكيله بدون إذن فإن أجزناه صح البيع وإلا فلا فيحتمل أن يكون مأخذ الصحة أن الوكيل الثاني وكيل للوكيل الأول ، ويدل عليه تعليله بذلك في صورة الاذن في مسئلة النكاح ويحتمل أن يعتبر التوكيل ثلاثاً يتجدد الموجب والقابل مع أن هذا منتقض بالأب في مال ولده الطفل ، وأما رواية الجواز فاختلف في حكاية شروطها على طرق أحدها أنه يشترط الزيادة على الثمن الذي ينتهي إليه الرغبات في النداء و في اشتراط أن يتولى النداء غيره وجهان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل والثاني أن المشتراط التوكيل المجرد كما هي طريقة ابن أبي موسى والشيرازي والثالث أن المشتراط أحد أمرين إما أن يوكل من يبيعه على قولنا بجواز ذلك وإما الزيادة على ثمنه في النداء وهي طريقة القاضي في خلافه وأبى الخطاب ، وأما أن باع الوكيل واشترط على المشتري أن يشركه فيه فهل يجوز أم لا على روايتين ، أحدهما يجوز نقلها أبو الحارث في الوكيل يبيع ويستثنى

لنفسه الشركة أرجو ألا يكون به بأس والثانية تكره نقلها ابن منصور في رجل يدفع إليه الثوب يبيعه فإذا باعه قال أشركني فيه قال أكره هذا فاما أن اذن له الموكل في الشراء من نفسه فإنه يجوز قال كثير من الأصحاب رواية واحدة بخلاف النكاح وحكى الشيخ مجاهد الدين فيه وجها آخر بالمنع قال وهل يكون حضور الموكل وسكوته كاذنه يحتمل وجهين أشبههما بكلام أحمد المنع، ونقل أحمد ابن نصر الخفاف عن أحمد فيمن له على رجل خمسون ديناراً فوكله في بيع داره ومتاعه ليستوفي حقه فباعها بدراهم ليصارف نفسه ويأخذها بالدينار لم يجز ولكن يبيعها ويستقضى ويأخذ حقه قال القاضي ظاهر كلامه أنه لا يجوز له بيعها بغير جنس حقه ليستوفي منه لأن التهمة موجودة في عقد الصرف لنفسه من نفسه، وإنما اذن له في الاستيفاء ولم يأذن له في المصارفة فإذا باعها بجنس حقه فله الاستيفاء منها بالأذن لأن يده كيد موكله فهو يقبض من يد غيره لنفسه لكن هذه العلة موجودة في شراء الموكل من نفسه وكذلك حكى في الخلاف في المسئلتين روايتين وجعلها صاحب التلخيص رواية يجوز أن توكيل الوكيل في إيفاء نفسه من جنس حقه خاصة وأنكر الشيخ مجاهد الدين أن يكون فيها دلالة على المنع مدة البيع بغير جنس الحق لاسيما أن كان جنس الحق غير نقد البلد وحمل قول أحمد يبيعها على الدراهم التي هي الثمن وبني ذلك على قولنا بمنع الوكيل من البيع من نفسه فأما على قولنا بجوازه فإنه يجوز له ههنا مصارفة نفسه

ومنها شراء الوكيل لموكله من ماله وحكمه حكم شراء الوكيل من مال موكله ذكره ابن أبي موسى وغيره وفي مسائل ابن هاني عن أحمد فيمن بعث إليه بدراهم ليشتري بها من بعض المواضع فبعث إليهم بما عنده وبالغ في الاستقصاء قال بما لا يعجبني أن يبعث إليهم بما عنده حتى يبين أنه قد بعث إليهم من المتاع الذي عنده

ومنها شراء الوصي من مال اليتيم وحكمه حكم شراء الوكيل وفيه روايتان منصوستان ولم يذكر ابن أبي موسى فيه سوى المنع وكذلك حكم الحاكم وأمينه في مال اليتيم ويتوجه التفريق بين الحاكم وغيره فإن الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن فيكون عامة بخلاف من أسندت ولايته إلى إذن من غيره في التصرف فإن إطلاق الإذن له يقتضي أن يتصرف مع غيره لا مع نفسه كما سبق وقد اعتمد القاضي على هذا الفرق بين تصرف الأب وغيره.

ومنها الوكيل في نكاح امرأة ليس له أن يتزوجها لنفسه على المعروف من المذهب وقد ذكر ابن أبي موسى أنه إن اذن له الولي في التوكيل فوكل غيره فزوجه صم وكذا إن لم يأذن له وقلنا للوكيل أن يوكل مطلقاً فامان له ولاية بالشرع كالولي والحاكم وأمينه فله إن يزوجه نفسه وإن قلنا ليس

لهم أن يشتروا من المال ذكره القاضى فى خلافه وفرق بان المال القصد منه الربح وهذا يقع فيه التهمة بخلاف النكاح فان القصد منه الكفاية وحسن العشرة فاذا وجد ذلك صح والحق ايضا الوصى بذلك ، وفيه نظرفان الوصى يشبه الوكيل لتصرفه بالاذن وسواء فى ذلك اليتيمة وغيرها صرح به القاضى فى ذلك وذلك حيث يكون لها اذن معتبر ومتى زوج احد من هؤلاء نفسه باذن المرأة من غير وكيل بل مباشرة لطرفى العقد ففى صحته روايتان وان وكل فى أحد الطرفين فقال اكثر الاصحاب يصح رواية واحدة وانكر ذلك ابن عقيل وقال متى قلنا لا يصح أن يتولاه بنفسه لم يصح عقده وكيله له لان وكيله قام مقام نفسه واستثنى من ذلك الامام اذا اراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولى فانه يتزوجها بولاية أحد نوابه لان نوابه نواب عن المسلمين لا عنه فيما يخصه .

ومنها اذا عمل احد الشريكين فى مال الشركة عملا يملك الاستجار عليه ودفع الاجرة فهل له ان يأخذ الاجرة أم لا ؟ على روايتين (ومنها) الوصى اليه باخراج مال لمن يحج أو يغزو وليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو نص عليه أحمد فى رواية أبى داود وقال هو متعذر لانه لم يأمره وهذا تصريح بان ما أخذ المنع عدم تناول اللفظ له (ومنها) المأذون له ان يتصدق بمال هل له أن يأخذ منه لنفسه اذا كان من أهل الصدقة ؟ المذهب أنه لا يجوز ونص عليه أحمد فى رواية ابن بختان وذكر فى المغنى احتمالين آخرين : أحدهما الجواز مطلقا ، والثانى الرجوع الى القرائن فان دلت قرينة على الدخول جاز الأخذ أو على عده لم يحز ومع التردد يحتمل وجهين والجواز متخرج من مسألة شراء الوكيل وأولى إذ لا عوض هنا ينبغى وهو أمين على المال يتصرف فيه بالمصلحة ولكن الاولى سد الذريعة لأن محاباة النفس لا يؤمن وعلى هذا فهل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته له فيه وجهان : أشهرهما المنع والثانى الجواز اختاره صاحبا المفتى والمحرم (ومنها) اذا وكل غريمه أن يبرىء غرماء لم يدخل فيهم بمطلق العقد فان سماه أو وكله وحده جاز ذلك كما قلنا فى البيع من نفسه على الأصح ذكره فى شرح الهداية وعزاه الى القاضى وابن عقيل قال والفرق على الوجه الآخر افتقار البيع الى الايجاب والقبول بخلاف البراء

(ومنها) لو قال فى الإيمان ونحوها من التعليقات من دخل دارى أو قال من دخل دارك لم يدخل المتكلم فى الصورة الاولى ولا المخاطب بها فى الصورة الثانية ذكره القاضى وغيره

(ومنها) الأموال التى تجب الصدقة فيها شرعا للجهل باربابها كالغضوب والوذائع لا يجوز لمن هى فى يده الأخذ منها على المنصوص وخارج القاضى جواز الاكل له منها اذا كان فقيرا على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه كذا نقله عنه ابن عقيل فى فتونه وأفتى به الشيخ تقي الدين فى

الغاصب الفقير إذا تاب وعلى المذهب يتخرج في إعطاء من لا تقبل شهادته له الوجهان والمنصوص عن أحمد أنه لا يحابي به أصدقاءه بل يعطيهم أسوة خیرهم نقله عنه صالح وكذا نقل عنه المروذي إذا دفعها إلى أقارب له محتاجين أن كان على طريق المحاباة لا يجوز وأن كان لم يحابهم فقد تصدق ونقل عنه حرب إذا كان له أخوان محاربون قد كان يصلهم أيجوز له أن يدفعها إليهم فكأنه استحب أن يعطي غيرهم وقال لا يحابي بها أحدا والظاهر أنه جعل إعطاءهم مع اعتبار صلتهن محاباة فكذلك استحب العدول عنهم بالكلية

تنبيه — لو وصى لعبد بثلاث ماله دخل في الوصية ثلث العبد نفسه فيعتق عليه نص عليه ويكمل عتقه من باقي الوصية لأن ملكه للوصية مشروط بعتقه فكذلك دخل في عموم المال الموصى به ضرورة صحة الوصية له

(القاعدة الحادية والسبعون)

فيما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقيها وهي نوعان : مملوك تعلق به حق الغير ومملوك للغير . فاما الأول فهو مال الزكاة فيجوز الأكل مما تنوق إليه النفس ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج إليه من ذلك ويطعم الأهل والضيوف ولا يحسب زكاته وكذلك يجب على الخارص أن يدع في خرصه اثلاث أو الربع بحسب ما يقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقلتها كما دلت عليه السنة فإن استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها ، وأما الزروع فيجوز الأكل منها بقدر ما جرت العادة بأكله فربكا ونحوه نص عليه وليس له الإهداء منها، وخرج القاضي في الأكل منها وجهين ن الأول من الزروع التي ليس لها حافظ . وأما الثاني فينقسم إلى ماله مالك معين وإلى ماله مالك غير معين فاما ماله مالك غير معين كالهدى والأضاحي فيجوز لمن هي في يده وهو المهدى والمضحى أن يأكل منها ويدخر ويهدي كما دلت عليه السنة، وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا على وجهين أشهرهما الجواز ، وهل المستحب أن يقسم الهدى أثلاثا كالأضاحي أو يتصدق به كله أو بما يأكله منه على وجهين . واما ماله مالك معين فنوعان أحدهما أن يكون له عليه ولاية فإن كانت الولاية عليه لحفظ نفسه كالرهن فإنه يجوز له الأكل مما بيده إذا كان داراً والانتفاع بظهره إذا كان مركوباً لكن بشرط أن يعارض عنه بالنفقة وإن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه فالمنصوص جواز الأكل منه أيضا بقدر عمله ويتخرج على ذلك صور :

منها ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله وهل يردده إذا أيسر على روايتين واختار ابن عقيل

أنه يأكل مع الحاجة وعدمها ولو فرض له الحاكم شيئاً جاز له أخذه مجاناً بغير خلاف هذا ظاهر كلام القاضي ونص [عليه] أحمد في رواية البرزاطي في الأم الحاضنة أنها لا تأكل من مال ولدها إلا لضرورة إلا أن يفرض لها الحاكم في المال حق الحضانة ووجهه أن من أعطاه غيره فله الأخذ مع الغنى بخلاف الأخذ بنفسه ولهذا أجاز للوصي الأخذ إذا شرط له الأب مع غناه وجاز للولي أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه ولم يجز له إذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ ولهذا المعنى جاز الأخذ لعامل الزكاة مع الغنى لأن المعطى له [هو] الإمام

ومنها أمين الحاكم أو الحاكم إذا نظر في مال اليتيم. قال القاضي مرة لا يأكل وافرقة بين الوصي وبين الأب له أن يجعل للوصي جعلاً مع وجود متبرع بالنظر في مال اليتيم والولي متصرف بأذنه وتوليته بخلاف أمين الحاكم فإنه لو وجد متبرعاً بالحفظ لم يجز له أن يجعل لآخر جعلاً عليه. وقال مرة له الأكل كوصي الأب وأخذه من نص أحمد على أن الحاكم يأخذ على القضاء أجر بقدر شغله وقال هو مثل ولي اليتيم وأما الأب فقال القاضي ليس له الأكل لأجل عمله لغناه عنه بالنفقة الواجبة في ماله ولكن له الأكل منه بجهة التملك عندنا وضعف ذلك الشيخ تقي الدين

ومنها ناظر الوقف والصدقات ونص أحمد على جواز أكله نقله عنه أبو الحارث أنه قال في والي الوقف (١) إن أكل منه بالمعروف فلا بأس قيل له فيقضي منه دينه قال ما سمعنا فيه شيئاً وكذلك نقل عنه حرب في رجل أوصى إلى رجل بارض أو صدقة للمساكين فدخل الوصي الخائط أو الأرض فتناول بطيخة أو قنناً أو نحو ذلك قال لا بأس بذلك إذا كان القيم بذلك أكل. وترجم (٢) عليه بعض الأصحاب - وأظنه أبا حفص العكبري - الوصي يأكل من الوقف الذي يليه وهذا ظاهر في أنه لا يشترط له الحاجة وخرجه أبو الخطاب على عامل اليتيم ونقل الميموني عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف فأوصى إلى حفصة ثم قال أحمد وليه يأكل منه بالمعروف إذا اشترط ذلك ومفهومه المنع من الأكل بدون الشرط فاما الوكيل في الصدقة فلا يأكل منه شيئاً نقل يعقوب ابن بختان عن أحمد في رجل في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو فقير محتاج إليه فلا يأكل منه إنما أمر أن ينفذ وصرح به القاضي في المجردين من أوصى إليه بفرقة مال على المساكين أو دفع إليه رجل في حياته إلا لفرقة صدقة لم يجز له أن يأكل منه شيئاً بحق قيامه (٣) لأنه منفذ وليس بعامل منهم مشعر ومنهما الوكيل والأجير والمأمور ومنهما من الأكل لاستغنائهما عنه بطلب الأجرة من المؤجر والموكل لاسيما والأجير قد أخذ الأجرة على عمله ونقل حنبل عن أحمد في الولي

(١) في نسختنا: والي اليتيم الوقف (٢) وفيها: وترجم بتشديد الحاء (٣) في بحق ماله

والوصى يأكلان بالمعروف اذا كانا يصلحان ويقومان بامرهما فاكلا بالمعروف فلا بأس به بمنزلة الوكيل والأجير ، قال القاضي في خلافه وظاهر هذا جواز الاكل للوكيل النوع الثاني مالا ولاية له عليه فيجوز الاكل منه للضرورة بلا نزاع وأما مع عدمها فيجوز فيما تنوق اليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه وذلك في صور

منها الاكل من الاطعمة في دار الحرب واطعام الدواب المعدة للركوب فان كانت للتجارة ففيه روايتان وإن كانت للتصيد بها فوجهان . وسواء كان يحتاج اليه أو لم يكن في أشهر الطريقين وفي الثانية لا يجوز إلا للحاجة بقدرها وفي رد عوضها في المغنم روايتان وهي طريقة ابن أبي موسى واختلاف الأصحاب في محل الجواز ف قيل محله ما لم يحزره الامام فاذا أحرزه أو وكل به من يحفظه لم يجز الاكل الا لضرورة وهي طريقة الخرقى لان احرازه منع من تناول منه وأما قبل الاحراز فان حفظه يشق ويتسامح بمثله عادة وقيل يجوز الاكل ما داموا في أرض الحرب وان أحرز ما لم يقسم وهي طريقة القاضي وان فضلت منه فضلة فهل يجب ردها مطلقاً أو يشترط كثرتها على روايتين ومنها اذا مر بثمر غير محوط ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها ولا يحمل على الصحيح المشهور من المذهب ولا فرق بين المتساقط على الأرض وما على الشجر كما دلت عليه السنة وتزيلا لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارة اليه منزلة الاذن في الأكل منه لدلائله عليه عرفاً مع العلم بتسامح غالب النفوس في بذل يسير الاطعمة بخلاف المحفوظ . بناظر أو حائط فان ذلك بمنزلة المنع منه وفي المذهب رواية ثانية بجواز الاكل من المتساقط دون ما على الشجر لأن المسامحة في المتساقط اظهر ليسرع الفساد اليه ولم يثبتها القاضي ورواية ثالثة بمنع الاكل مطلقاً الا مع الحاجة فيؤكل حينئذ مجانا بغير عوض وعلى المذهب المشهور هل يلحق الزرع ولبن المواشى بالثمار على روايتين فان الاكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع انما يفعل للحاجة لا للشهوة

(القاعدة الثانية والسبعون)

اشترط النفقة والكسوة في العقود يقع على وجهين معاوضة وغير معاوضة فاما المعاوضة فتقع في العقود اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعاوض بها فان وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما عجل منها الا في نفقة الزوجة وكسوتها فان في الرجوع بهما ثلاثة أوجه ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة (فمها) الاجارة فيجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها على الصحيح ومن الأصحاب من لم يجعل فيه خلافاً (ومنها) استئجار غير الظئر من الاجراء بالطعام والكسوة

وفيه روايتان اصحهما الجوار كالظائر (ومنها) البيع فلو باعه ثوباً بنفقة عبده شهراً صح ذكره القاضي في خلافه (ومنها) النكاح تقع النفقة والكسوة فيه عوضاً عن تسليم المنافع ولا يحتاج إلى شرطها في العقد كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الذي يحصل به أصل الاستباحة ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته صح وكان من المهر، وأما غير المعاوضة فهو إباحة النفقة للعامل ما دام متلبساً بالعمل ويقع ذلك في العقود الجائزة أما بأصل الأصل أو لانه لا يجوز المعاوضة فيه بالشرع ويندرج تحت ذلك صور (منها) المضاربة فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة في مدة المضاربة (ومنها) الشركة (ومنها) الوكالة (ومنها) المساقاة والمزارعة إذا قلنا بعدم لزومها وما بقي معهم من النفقة المأخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود هل يستقر ملتهم عليه أم لا يحتمل أن لا يستقر لأن ما يتناوله إنما هو على وجه الإباحة لا الملك، ولهذا قال الأصحاب إذا اشترط المضارب التسري من مال المضاربة فاشترى أمة منه ملكها ويكون ثمنها قرضاً عليه لأن الوطء لا يستباح بدون الملك بخلاف المال فإنه يستباح بالبذل والإباحة كما يستباح المرتن الانتفاع بالرهن بشرطه في عقد البيع نص عليه أحمد ويكون إباحة وأشار أبو بكر عبد العزيز إلى رواية أخرى يملك المضارب الأمة بغير عوض وعلى هذا فيحتمل أن تكون النفقة والكسوة تمليكاً فلا يرد ما فضل منهما ويحتمل أن يفرق بين اليسير والكثير كما في المأخوذ من المغنم (ومنها) إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه فإنه عقد جائز والنفقة فيه إعانة على الحج لأجرة وينفق على نفسه بالمعروف إلى أن يرجع إلى بلده وإن فضلت فضلة ردها نص عليه وكذا إن كانت الحجة عن الميت بأن تكون حجة الاسلام أو أوصى بأن يحج عنه فإن فاضل النفقة يسترده الورثة إلا أن يعين الموصى في وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة فإن الفاضل يكون له في المعروف من المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد إذا قال حجوا عني بالف [درهم] حجة يحج عنه حجة وما فضل يرد إلى الورثة، وهذا يدل على أنه لا يجوز أن يدفع إلى من يحج أكثر من نفقته ولم يجعل الباقي وصية لأن الحاج هنا غير معين فلا تصح الوصية له بخلاف ما إذا كان معيناً ووجه المذهب أن الموصى له يتعين بحجة فيصير معلوماً وإن قال حجوا عني بالف ولم يقل حجة فالمذهب أنها تصرف في حجة بعد أخرى حتى تنفذ، وحكى بن أبي موسى رواية أخرى أنه يحج عنه حجة واحدة بنفقة المثل والباقي للورثة (ومنها) إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به فإنه يجوز بناء على قولنا أن الحج من السبيل فإن حج ثم فضلت فضلة فهل يسترد أم لا الأظهر استردادها كالوصية وأولى لأن هذا المال يجب صرفه في مصارفة المعينة شرعاً ولا يجوز الإخلال بذلك بخلاف فاضل الوصية فإن الحق فيه للورثة ولهم تركه (١) وقياس قول الأصحاب في الغازي أنه لا يسترد

(١) في نسخة: شركة

وظاهر كلام أحمد في رواية الميموني أن الدابة لا تسترد ولا يلزم مثله في النفقة لأن الدابة قد صرفت في سبيل الله بخلاف فاضل النفقة ويمسكها بخروجه من يده بخلاف الغازي نص [عليه أحمد] في رواية الميموني وعمل بانه من حين يخرج فهو ابن سبيل له حق في الزكاة والغازي إنما أعطى للغزو فلا يملك بدونه وهذا يرجع إلى أن من أخذ بسبب فانتفى وخلقه سبب آخر مبيع للأخذ إن له الإمساك بالسبب الثاني وفيه خلاف بين الأصحاب

ومنها إذا أخذ الغازي (١) نفقة أو فرسا ليغزوا عليها فانه يجوز ويكون عقدا جائزا لا لازما وهو اعانة على الجهاد لاستئجار عليه فان رجع والفرس معه ملكها مالم يكن وقفا أو عارية نص عليه أحمد ولا يملكها حتى يغزو. وقال القاضي في خلافه ويكون تملكها بشرط ومعناه أنه تملك مراعاة بشرط الغزو فان غزا تبين أنه ملكه بالقبض فان قاعدة المذهب أن الهبة لا تقبل التعليق وكذلك عقود المعاوضات وان فضل معه من الكسوة فهو كالفرس وان فضل من النفقة ففيه روايتان : إحداهما يملكها أيضا نقلاها على بن سعيد . والثانية يرد الفضل في الغزو إلا أن يؤذن له في الاستعانة به في غزوة أخرى نقلا حنبل ، والفرق بين النفقة وغيرها أن الدابة قد صرفت في سبيل الله واستعملت فيه وكذلك الكسوة يحصل المقصود بها بخلاف ما فضل من النفقة فاما ان أخذ من الزكاة ثم فضلت فضلة فقال الحرقي والا كثرون لا تسترد وحكى صاحب المحرر وغيره وجهين وقد قدمنا الفرق بين مال الزكاة وغيره ، ونص أحمد في رواية المروذي على أن الدابة تكون له ولا يلزم مثله في النفقة لما قدمنا

﴿ القاعدة الثالثة والسبعون ﴾

اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد على ضربين : أحدهما أن يكون استئجاراً له مقابلاً بعوض فيصح على ظاهر المذهب كاشتراط المشتري على البائع خياطة الثوب أو قصارته أو حمل الخطب ونحوه ، ولذلك يزداد به الثمن. والثاني أن يكون إلزاماً له لما لا يلزمه بالعقد بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولو أزمه مطلقاً ولا يقابل بعوض فلا يصح وله أمثلة :

منها اشتراط مشتري الزرع القائم في الأرض حصاده على البائع فلا يصح ويفسد به العقد ذكره الحرقي وحكى ابن أبي موسى في فساد به وجهين لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب كما ظنه بعض الفقهاء (ومنها) اشتراط أحد المتعاقدين في المسافة والمزارعة

على الآخر ما لم يازمه بمقتضى العقد فلا يصح وفي فساد العقد به خلاف ويتخرج صحة هذه الشروط أيضاً من الشروط في النكاح وغيرها وهو ظاهر كلام أكثر المتأخرين ولذلك استشكلوا مسألة الخرق في حصاد الزرع (ومنها) شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد وحكى في صحته روايتان والمنصوص عن أحمد فساد في رواية مهنا وأومأ إليه في رواية ابن منصور وقال [ابن منصور] ليس في حديث النبي صلى الله عليه وسلم تسمية المكان يشير بذلك إلى أن السلم يشترط فيه أن يذكر في العقد أو صاف المسلم فيه قدره وزمان محله كما دل عليه الحديث وليس فيه ذكر مكان إيفائه فاشتراط ذكر مكانه يوم أن ذلك من جنس ما ذكر زمانه وأنه مستحق بنفس العقد بخلاف غيره من البيوع التي لا يذكر في عقودها شيء من ذلك

﴿ القاعدة الرابعة والسبعون ﴾

فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط وهو نوعان : أحدهما أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض. والثاني أن يعمل عملاً فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة. أما الأول فيندرج تحته صور كثيرة كالملاح والمكاري والحجام والقصار والخياط والدلال ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل استحق أجره المثل وإن لم يسمى له شيء نص عليه وأما الثاني فيدخل تحته صور:

منها من قتل مشركاً في حال الحرب مغرراً بنفسه في قتله فإنه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط في أصح الروايتين (ومنها) العامل على الصدقات فإنه يستحق أجره عمله بالشرع. قال أحمد في رواية صالح العاملين عليها الذين جعل الله لهم الثمن في كتابة السلطان وقال في رواية حنبل يكون لهم الذي يراه الإمام وظاهر هذا أن يجب ذلك له بالشرع إما مقدراً أو غير مقدراً والولى يأخذ بنفسه وقد أمره الله بالاستعفاف مع الغنى وأيضاً فأموال الزكاة حق لغير معين بخلاف مال اليتيم وأيضاً قال الزكاة يستحقه جماعة من الغنى فالعامل الذي حصل الزكاة وجباهاً أولى وأيضاً فالعامل هو الذي جمع المال وحصله بخلاف ولى اليتيم وذكر القاضى في الأحكام السلطانية أن قياس المذهب أن العامل لا يستحق إذا لم يشترط له جعل إلا أن يكون معروفاً بأخذ الأجرة على عمله والأول أصح لأن حقه ثابت بالنظر فهو كجعل رد الأبق وأولى لورود القرآن به (ومنها) من رد أبقاً على مولاه فإنه يستحق على رده جعلاً بالشرع سواء شرطه أو لم يشترطه على ظاهر المذهب وفيه أحاديث مرسلة وآثار والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعى في الأرض بالفساد ولمذا المعنى اختص الوجوب برد الأبق [دون غيره من الحيوان والمتاع وسواء كان معروفاً

برد الابق [(١) أو لم يكن إلا السلطان فانه لا شيء له نص عليه في رواية حرب لا تصابه للبصالح وله حق في بيت المال على ذلك وكذلك لم يكن له الأكل من مال اليتيم كما سبق (ومنها) من أنقذ مال غيره من التلف كمن خلاص عبد غيره من فلاة مملكة أو متاعه من موضع يكون هلاكه فيه محققاً أو قريباً منه بالبحر وفم السبع فص احمد على وجوب الاجرة له في المتاع وذكره القاضي وابن عقيل وصاحب المغني في العبد أيضاً وحكى القاضي فيه احتمالاً بعدم الوجوب كاللقطة وأورد في المجرد عن نص احمد فيمن خلاص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرها فهو لمالكه الأول ولا شيء للمخلص والصحيح الأول لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على ماله بخلاف اللقطة وكذلك لو انكسرت السفينة فخلص قوم الاموال من البحر فانه يجب لهم الاجرة على الملاك ما ذكره في المغني لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الاموال من التهلكة فان الغواص إذا علم أنه يستحق الاجرة غرر بنفسه وبأدر إلى التخليص بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له فهو في معنى رد الابق وفي مسودة شرح الهداية لابي البركات: وعندي أن كلام احمد على ظاهره في وجوب الاجرة على تخليص المتاع من الممالك دون الآدمي لأن الآدمي أهل في الجملة لحفظ نفسه وفيه نظر وقد يكون صغيراً أو عاجزاً وتخليصه أهم وأولى من المتاع وليس في كلام احمد تفرقة فاما من عمل في مال غيره على غير ما ذكرنا فالمعروف من المذهب أنه لا أجر له ونقل أبو جعفر الجرجاني عن احمد في رجل عمل في قناة رجل بغير إذنه فقال لهذا الذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون مصلحة لصاحب القناة وهذه تخرج على أصليين: أحدهما أن الغاصب يكون شريكاً بآثار عمله. والثاني أن يجبر على أخذ قيمة آثار عمله من المالك لتملكها عليه وخرج القاضي في خلافه بأن يكون شريكاً بآثار عمله إذا زادت به القيمة وذكر نص احمد في العمل في القناة من رواية حرب وابن هاني. وتبعه على ذلك جماعة من الأصحاب وحمل ابن عقيل في مفرداته هذه النصوص على أن العامل هنا في القناة كان شريكاً فيها وليس في المنصوص شيء يشعر بذلك ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها وجعل هذا الحكم مطرداً في كل من عمل عملاً كثيراً فيه مصلحة له وهو محتاج إليه كحصاد زرع والاستخراج من معدنه ونحو ذلك تخريجاً من العمل في القناة ومنهم الحارثي وكانهم جعلوه بمنزلة تصرف الفضولي فللمالك حيثئذ أن يمضيه ويرد عوضه وهو أجر المثل وله أن لا يمضيه فيكون العامل شريكاً بالعمل وقد قال القاضي في بعض تعاليقه وقرأته بخطه في الأجير إذا عمل في العين المستأجر عليها دون ما شرط عليه أن المالك بخير ان شاء رد عمله وأخذ الاجرة وصار الأجير

شريكا بعمله وان شاء قبل العمل ورجع على الاجير بالارش وذكر نصر أحمد في رواية الميموني بالرجوع بالارش ثم حملة على أنه كان قد رضى بالعمل . وقال القاضي في خلافه : قياس المذهب اذا لم يأت الحائك بالثوب على الصفة المشروطة ان شاء ضمنه قيمة الغزل ولا أجرة له وان شاء ضمنه قيمته منسوجا وعليه الأجرة ، وتكون الأجرة ههنا بما زاد على قيمة الغزل . ثم ذكر رواية الميموني هذه وقال هي محمولة على أن صاحب الثوب اختار تقويمه معمولا والتزم قيمة الصنعة التي هي دون التي وافقه عليها وهذا الذي قاله بعيد جدا أن يضمن المالك الصانع قيمة الثوب مع بقائه ولا يصح حمل كلام أحمد على ما قاله لأن أحمد قال ينظر ما بينهما فيرجع به على الصانع ، وهذا تصريح بالرجوع عليه بالارش خاصة وايضا فلو غصب غزلا ونسجه لم يملك المالك التزامه به ويطالبه بالقيمة فكيف يملك مطالبة الاجير بذلك ، وذكر ابن عقيل في هذه المسألة أن المالك يملك استرجاع الأجرة المسماة ودفع أجرة المثل ثم ذكر احتمالا بالرجوع بالارش كما هو المنصوص والله اعلم . ومتى كان العمل في مال الغير انقاذا له من التاف المشرف عليه كان جائزا كذبح الحيوان المأكول اذا خيف موته صرح به صاحب المغني ويفيد هذا أنه لا يضمن ما يقض بذبحه

(القاعدة الخامسة والسبعون)

فمن يرجع بما انفق على مال غيره بغير اذنه وهو نوعان : احدهما من أدى واجبا عن غيره . والثاني من انفق على ما يتعلق به حقه من مال غيره ، فاما النوع الاول فينبغي تدرج تحته صور : (منها) اذا قضى عنه ديننا واجبا بغير اذنه فانه يرجع به عليه في اصح الروايتين وهي المذهب عند الحنفي وأبي بكر والقاضي والاكثرين ، واشترط القاضي أن ينوى الرجوع ويشهد على نيته عند الاداء فلو نوى التبرع أو اطلق النية فلا رجوع له واشترط ايضا أن يكون المدين ممتنعاً من الاداء ، وهو يرجع الى ان لا رجوع الا عند تعذر اذنه وخالف في ذلك صاحب المغني والمحرر وهو ظاهر الخلاف للقاضي في المجرد والاكثرين وهذا في ديون الأدميين . فأما ديون الله عز وجل كالزكاة والكفارة فلا يرجع بها من أداها عن غيره عليه ، وعلى القاضي ذلك بان اداه بدون اذن من هي عليه لا يصح لتوقفها على نيته ويأزم على هذا لو حج رجل عن ميت بدون اذن وليه وقتلنا يصح أو أعتق عنه في نذر أو اطعم عنه في كفارة وقتلنا يصح ان له الرجوع بما انفق لسقوط اعتبار الاذن هنا ويكون كاداء أحد الخليطين الزكاة من ماله عن الجميع (ومنها) لو اشترى اسيرا مسلما حرا من اهل دار الحرب ثم أطلقه أو أخرجه الى دار الاسلام فله الرجوع عليه بما اشتراه به سواء اذن له

أولم يأذن لأن الأسير يجب عليه اقتداء نفسه ليتخلص من الأسر فإذا فداء غيره فقد أدى عنه واجبا رجع به عليه وأكثروا الأصحاب لم يحكوا في الرجوع ههنا خلافا وحكى القاضى فى كتاب الروايتين فيه رواية أخرى يتوقف الرجوع على الإذن . وهل يعتبر للرجوع ههنا نية أم يكفى إطلاق النية على وجهين : أحدهما تعتبر نية الرجوع اقضاء الديون وهو ظاهر كلام القاضى . والثانى يرجع مالم ينو التبرع وبه جزم فى المحرر للأثر المروى عن عمر رضى الله عنه . ولأن انفكاك الأسرى مطلوب شرعا فيرغب فيه بتوسعه طرف الرجوع لثلاث ثقل الرغبة فيه (ومنها) نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليها النفقة فانفق عليهما غيره بنية الرجوع فله الرجوع كقضاء الديون ذكره القاضى فى خلافه وابن عقيل فى مفرداته (ومنها) لو انفق على عبده الأبق فى حال رده إليه فإنه يرجع بما انفق نص عليه وجزم به إلا كثرون من غير خلاف فإنه يستحق جمعا على الرد عوضا عن بذله منفعه فلأن يجب له العوض عما بذله من المال فى رده أولى ، واشترط أبو الخطاب وصاحب المحرر العجز عن استئذان المالك وضعفه صاحب المغنى ولا يتوقف الرجوع على تسليمه فلو أبق منه قبل ذلك فله الرجوع بما انفق عليه نص عليه أحمد فى رواية عبد الله وصرح به الأصحاب وكذلك حكم المنقطع بملكته وحكى أبو بكر وابن أبى موسى فى الرجوع بنفقته روايتين ، ولو أراد استخدامه بدل النفقة ففى جوازه روايتان حكاهما أبو الفتح الحلوانى فى الكفاية كالعبد المرهون (ومنها) نفقة اللقطة حيوانا كانت أو غيره مما يحتاج فى حفظه الى مؤنة وإصلاح فإن كانت باذن حاكم رجع بها لأن أذنه قائم مقام إذن الغائب وإن لم يكن بأذنه ففيه الروايتان . ومنهم من يرجع ههنا قولا واحدا وإليه ميل صاحب المغنى لأن له ولاية على الملتقط ونص أحمد أنه يرجع بما أنفق على بيت المال (ومنها) الحيوان المودع إذا انفق عليه المستودع ناويا للرجوع فإن تعذر استئذان مالكه رجع وإن لم يتعذر فطريقان : أحدهما أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى لأن للحيوان حرمة فى نفسه فوجب تقديمه على قضاء الديون أحيانا وهى طريقة صاحب المغنى . والثانية لا يرجع قولا واحدا وهى طريقة المحرر ومتابعة لأبى الخطاب لكن من اعتبر الرجوع فى قضاء الدين بعذر الإذن فهنا أولى وأما من لم يعتبر ذلك فى الدين واعتبره ههنا فالفرق أن قضاء الدين فيه براء لذمته وتخليص له من الغريم وههنا اشتغال لذمته بدين لم تكن مشغلة به وهو ضعيف وينتقض بنفقة الأقارب ، كما تقدم فإن

المطالبة هنا متوجهة من الحاكم بالزامه فقد خلصه من ذلك وعجل برأيه منه وقضاء الدين لم تبرأ به ذمته بالسكينة بل هي مشغولة بدين المؤدى عنه أيضا فان الاذن في الاتفاق على الحيوان المؤمن عليه عرفى فينزل منزلة اللفظي (ومنهم من) نفقة طائر غيره اذا عشن في داره قال أحمد في رواية المروزي في طيرة أفرخت عند قوم من الجيران فالفراخ تتبع الأم يردون على أصحابها فان كان قد علف الفراخ مدة مقامها في يده متطوعا لم يرجع وان لم يتطوع يحتسب بالنفقة أخذ من صاحبها ما اتفق ولم يفرق بين أماكن الاستئذان وعدمه، وخرج القاضي رواية أخرى بعدم الرجوع بكل حال من نظيرتها في المرتن وغيره

وأما النوع الثاني وهو ما يرجع فيه بالاتفاق على مال غيره لتعلق حقه به فله صور (منها) اتفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه قال أحمد في رواية أبي القاسم في رجلين بينهما أراض أو دار أو عبد يحتاج الى أن ينفق على ذلك فيأبى الآخر. قال: ينظر في ذلك فان كان يضرب شريكه ويمتنع مما يجب عليه الزم ذلك وحكم به عليه ولا يضرب بهذا ينفق ويحكم به عليه. ويتفرع على هذه المسئلة فروع من جملتها اذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف فانهدم وطلب أحدهما أن يبني الآخر معه فالذهب أنه يجبر على ذلك، وفيه رواية أخرى لا يجبر فيه فينفرد الطالب بالبناء ويمنع الشريك من الانتفاع حتى يأخذ منه ما يخص حصته من النفقة نص عليه. لأن من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعا كالوصى والحاكم في ملك اليتيم.

ومن صور النوع إذا جنى العبد المرهون ففداه المرتن بغير إذن الراهن، قال أكثر الأصحاب كالقاضي وابن عقيل وأبي الخطاب وغيرهم إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع وإن تعذر خرج على الخلاف في نفقة الحيوان المرهون لأن الفداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه وهو واجب على الراهن لحق المرتن. وقال صاحب المحرر: لا يرجع بشيء وأطلق لأن المالك لم يجب عليه الا فداء هنا، وكذلك لو سلمه لم يازمه قيمته لتكون رهنه وقد وافق الأصحاب على ذلك وإنما خالف فيه ابن أبي موسى ومنها مؤنة الرهن من كرى مخزنه وأصلاحه وتشميسه ونحو ذلك لا يازم الراهن إذا قام بها المرتن بدون إذنه مع تعذره فهي جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون على ما سبق صرح به الأصحاب لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن فصار واجبا على الرهن لعلاقة حق المرتن ومنها لو خربت الدار المرهونة فعمرها المرتن بغير إذن قال القاضي في المجرد وصاحب المغني والمحرر لا يرجع إلا بأعيان آله لأن بناء الدار لا يجب على المالك، والمجزم به في الخلاف الكبير للقاضي أنه يرجع لأنه من مصلحة الرهن. وقال ابن عقيل يحتمل عنيدي أنه يرجع بما

ينحفظ به أصل مالية الدار لحفظ وثيقته لأنها نفقة لحفظ مالية وثيقة وذلك غرض صحيح انتهى، ولو قيل إن كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون [به] لم يرجع لأنه لا حاجة له إلى عمارتها حينئذ وإن كانت دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيا للخراب شيئاً فشيئاً حتى تنقص عن مقدار الحق فإله أن يعمر ويرجع المكان مسحاً (١) ومنها عمارة المستأجر في الدار المستأجرة ولا يرجع بها نص عليه أحمد في غلق الدار إذا عمله الساكن ويحتمل الرجوع بناء على مثله في الرهن، ولكن حكى صاحب التلخيص أن المؤجر يجبر على الترميم باصلاح منكسر وإقامة ماثل فأما تجديد البناء والأخشاب فلا يلزمه لأنه اجبار على تسليم عين لم يتناولها العقد والمستأجر الخيار، قال ويحتمل أن يلزمه التجديد انتهى. فعلى [القول] الأول لا يمكن القول برجوع المستأجر بما انفق على التجديد وعلى الثاني يتوجه الرجوع

(فصل) وقد يجمع النوعان في صور فيؤدي عن ملك غيره واجباً يتعلق به حقه وفي ذلك طريقان أحدهما أنه على روايتين وهي طريقة الأكثرين والثاني يرجع ههنا رواية واحدة وهي طريقة القاضي في خلافه فمن ذلك أن ينفق المرتهن على الرهن باطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيواناً ففيه الطريقان أشهرهما أنه على الروايتين كذلك وقال القاضي في المجرد والروايتين وأبو الخطاب وابن عقيل والأكثر والمذهب عند الأصحاب الرجوع ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث، وكذلك نقل عنه ابن القاسم وأبي هانيء أنه يركب ويحلب بقدر نفقته، ولم يعتبر إذا كان عليه النص الصحيح وأيضاً فالأذن في الاتفاق ههنا عرفي فيقوم مقام اللفظي وبالمرتهن إليه حاجة لحفظ وثيقته نصار كبناء أحد الشريكين الحائظ المشترك، ونقل [عنه] ابن منصور فيمن ارتهن دابة فعلقها بغير إذن صاحبها فالعلف على المرتهن من أمره أن يعلف وكذلك نقل عنه مهنا في كفن العبد المرهون لكن الكفن من النوع الأول، وهذه الرواية ظاهر ما أورده ابن أبي موسى وحمل القاضي في كتاب الخلاف هذا النص على أن الرهن كان حاضراً وأمكن استئذانه وعلف بدون إذن وقد صرح القاضي بأن الرجوع مشروط بتعذر الاستئذان (٢) واعتبر صاحب المحرر في لزوم نفقة الأقارب

(١) في نسختي الدار لكان متوجها

(٢) كتب بهامش نسختنا بآراء هذا الموضع مانصه : نفقة الأقارب، وكتب بهامش ٧١٢ مانصه : قوله واعتبر صاحب المحرر في لزوم نفقة الأقارب إلى قوله بدون فرض الحاكم لها عمله في آخر سطر في هذه الصفحة (يريد صفحات الأصل) بعد قوله . ولم يعتبر إذن الحاكم، وقوله بعد ذلك وكذلك أبو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر يلي قوله قبل قوله واعتبر صاحب المحرر

أز يستدان عليه باذن الحاكم مع قوله إنها لا تلزم بفرض الحاكم وفيه نظر، وفي الترغيب ليس لغير الاب الاستقراض إلا باذن الحاكم حتى ولا للزوجة في حقها وحق ولدها الصغير، وإنما للزوجة الاخذ من مال زوجها الموسر عند الامتناع اذا قدرت على قدر كفايتها وحكى في أخذها لولدها وجهين قال وليس لها الانفاق على الطفل من ماله لو كان له مال بدون إذن وإيه لا تنفاه ولا يتها عليه، وهذا كله مخالف لظاهر كلام احمد المتقدم ولقواعد المذهب فان المذهب انها تأخذ لنفسها ولولدها ونص احمد على انها تقبض الزكاة لولدها الطفل وقد سبق قول القاضي وغيره أن من انفق على اقارب غيره الذين يلزمه (١) نفقتهم فانه يرجع بذلك عليه كما يرجع بقضاء الدين الواجب عليه وذكر ابن ابي موسى أن الزوجة اذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع غيبته فانه ترجع عليه ولم يعتبر اذن حاكم مع أنه لم يحك خلافا في سقوط نفقة [الزوجة بناً على انها لا تسقط بمضى الزمان في اشهر الروايتين] (٢) بمضى الزمان بدون فرض الحاكم لها (٣) وكذلك ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر مع انه وافق طريقة الخلاف في الرجوع قولاً واحداً بخلاف ما ذكره في الضمان وضعف صاحب المغنى اعتبار الاذن طرداً لما ذكره في الضمان (ومنها) اذا هرب الجمل وترك الجمل فأنفق عليها المستاجر بدون إذن حاكم ففي الرجوع الروايتان ومقتضى طريقة القاضي أنه يرجع رواية واحدة ثم ان الاكثرين اعتبروا هنا استندان الحاكم بخلاف ما ذكره في الرهن واعتبروه أيضاً في المودع واللقطة وفي المغنى إشارة إلى التسوية من الكل في عدم الاعتبار وان الانفاق بدون إذنه يخرج على الخلاف في قضاء الدين، وكذلك اعتبروا الاشهاد على نية الرجوع وفي المغنى وغيره وجه آخر انه لا يعتبر وهو الصحيح (ومنها) اذا هرب المساقى قبل تمام العمل استؤجر عليه من يتمه والحكم فيه كالجمال إلا أن للمالك الفسخ ولو قلنا بلزوم المساقاة لتعذر استيفاء المعقود عليه (ومنها) إذا غاب الزوج فاستدانت الزوجة النفقة على أنفسها وأولادها الصغار نفقة المثل من غير زيادة فانها ترجع بذلك نص عليه في رواية أبي زرعة الدمشقي ولم يعتبر إذن الحاكم (٤) (ومنها) اذا اعاره شيئاً ليرهنه ثم افتكه المعير بقضاء الدين فانه يرجع هنا قولاً واحداً على ظاهر كلام القاضي (ومنها) لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة فانه يرجع أيضاً ولم يذكر القاضي فيه خلافاً وهذه المسئلة والتي قبلها قد لا يطرد فيها الخلاف لأن الانفاق هنا لاستصلاح ملك المنفق فهو كاتفاق الشريك على عمارة الحائط يرجع

(١) في د: يلزم (٢) الزيادة عن ٧١١ كتبت بالهامش (٣) هنا آخر ما أشير اليه على هامش ٧١٢

(٤) يلاحظ أن هذه الفقرة تقدمت في السطر النامي معزوة لابن أبي موسى

به بغير خلاف وإنما الخلاف إذا كان الاتفاق لاستصلاح ما تعلق به حق المنفق إلا أن الأصحاب صرحوا بإطراد الخلاف في صورة المساقاة مع تعلق الاستصلاح فيها بعين (١) مال المنفق

﴿ القاعدة السادسة والسبعون ﴾

الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى رفع مضرّة أو إبقاء منفعة أجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب وفي رواية أخرى إن أمكن أحدهما أن يستقل بدفع الضرر فعليه ولم يجبر الآخر معه لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه فله منه حتى يعطيه حصة ملكه من النفقة فإن احتاجا إلى تجديد منفعة فلا اجبار ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) إذا تهدم الحائط المشترك فالمذهب اجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر نص عليه في رواية جماعة فإن الاجبار هنا من جنس المعاوضة في الأموال المشتركة واجبة لدفع الضرر بالاتزاع بالشفعة وبيع مالا يمكن قسمته والمغنى (٢) فيه أن المالك مستحق الانتفاع بملكه ويجب على شريكه تمكينه منه فإذا دار الأمر بين تعطيل الحق بالكلية وبين المعاوضة عليه فالمعاوضة عليه أولى لأنه يرجع فيها إلى الانتفاع بالبدل بخلاف التعطيل وأما الرواية الثابتة بعدم الاجبار فهي مأخوذة من نص أحمد على عدم الاجبار في بناء حيطان السفلى إذا كان العلو لآخر وانهدم الكل أنه لا يجبر صاحب العلو على البناء مع صاحب السفلى في السفلى والفرق واضح لأن السفلى ملكه مختصر بصاحبه بخلاف الحائط المشترك ولذلك عقد الخلال لكل واحد منهما بابا وذكر النص بالاجبار في الحائط والنص بانتفائه بالصورة الأخرى وعلى تقدير ثبوت هذه الرواية في الحائط فللشريك الاستبداد ببنائه من ماله بغير إذن حاكم وصرح القاضي في خلافه واعتبر في المجرّد استئذان الحاكم ونص أحمد على أنه يشهد على ذلك، وله منع الشريك الآخر من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق إن أعاده بآلة جديدة من ماله وإن أعاده بآلته الأولى فقيه وجهان: أحدهما ليس له المنع لأنه عين ملكهما المشترك وهو قول القاضي في المجرّد وابن عقيل والأكثرين. والثاني له المنع حتى يأخذ نصف قيمة التالف لأنه متقوم حيث وقع ما ذونا فيه شرعاً وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والقاضي في خلافه وجزم به صاحب المحرر وحكاه صاحب التلخيص عن بعض متأخري الأصحاب وإذا أعاده بآلة جديدة واتفقا على دفع القيمة جاز، لكن هل المدفوع نصف قيمة البناء أو نصف ما انفق عليه ذكر القاضي في خلافه فيه روايتين مأخذهما هل ذلك من باب الرجوع بما انفق على ملكه بإذن معتبر أو هو

(١) في نسختنا (٢) في د: والمعنى

معاوضة عن ملك الثاني كضمان سراية العتق والاستيلاد وان امتنع الثاني من القول وطلب رفع البناء من أصله ليعيده من مالهما فقد يتخرج على هذا البناء فان قلنا هو رجوع بما اتفق على ملكه لم يكن له الامتناع وان قلنا هو معاوضة فله ذلك وفي المجرد والفصول البناء على الاجبار ابتداء وعدمه فان قلنا يجبر أجبر هنا على التبقية والا فلا وقد يقال هو معاوضة سواء كان بالقيمة أو بالنفقة كما أن زرع الغاصب يعاوض عنه بالقيمة على رواية وبالنفقة على أخرى والاجبار على المعاوضات لازالة الضرر غير مستبعد فان قيل فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبة على جداره فكيف منعهم ههنا قلنا انما منعناها هنا من عود الحق القديم المتضمن ملك الانتفاع قهراً سواء كان محتاجاً اليه او لم يكن ، وأما التمكين من الوضع للارتفاق فتلك مسألة أخرى وأكثر الاصحاب يشترطون فيها الحاجة والتزم ابن عقيل في المفردات تخريج رواية من هذه المسألة منع الجار من وضع الخشب مطلقاً ثم اعتذر بان حق الوضع هنا سقط عقوبة لامتناعه من النفقة الواجبة وحمل حديث الزبير وشريكه في شراج الحرة على مثل ذلك

(ومنها) اذا انهدم السقف الذي بين سفلى احدهما وعلو الآخر فذكر الاصحاب في الاجبار الروايتين والمنصوص ههنا انه ان انكسر خشبه فيه فبناؤهما بينهما لأن المنفعة لهما جميعاً وظاهره الاجبار وان انهدم السقف والحيطان لم يجبر صاحب العلو على بناء الحيطان لأنها خاص ملك صاحب السفلى ولكنه يجبر على أن يبني معه السقف فان لم يفعل اشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ويجبر صاحب السفلى على بنائه لانه سترة له نقل ذلك عنه ابو طالب ، ونقل عنه ابن الحكم ان صاحب السفلى لا يجبر على البناء لأجل صاحب العلو لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان ويسقف عليها ويمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يعطيه ما بنى به السفلى ويكون لهما جميعاً وهذا يحتمل أنه أراد يعطيه ما بنى به الحيطان فيصير البيت كما كان لاحدهما سفله وللآخر علوه وهو ظاهر كلامه ، ويحتمل ان يعطيه نصف قيمة بناء السفلى وتكون الحيطان مشتركة بينهما ولذلك حكى الاصحاب روايتين في مشاركة صاحب العلو لصاحب السفلى في بناء الحيطان حتى أخذ القاضى منها رواية بعدم الاجبار في الحائط المشترك وهو بعيد لأن هذا المعنى لو كان صحيحاً لكان الاشتراك حادثاً بعد البناء ، فلا يلحق به الملك المشترك قبل البناء وحكى القاضى في خلافه في اجبار صاحب السفلى على بناء حائطه لحق صاحب العلو ثلاث روايات أحدها اجباره منفرداً بنفقته وأخذها من رواية أبي طالب وفيه نظر لأن أحمد علل بانه سترة له فعلم ان اجباره لحق جاره لا لحق صاحب العلو ولكن قد يقال إن تضرر صاحب العلو بترك بناء السفلى اشد من تضرر الجار بترك السترة لأن هذا

يمنعه حقه بالكلية بخلاف ترك السترة وهذه الرواية هي المذهب عند ابن أبي موسى والثانية يجبر على الاتفاق على وجه الاشتراك نقلها يعقوب بن بختان فقال يشتركون على السفلى وهو مروي عن أبي الدرداء رضي الله عنه الثالثة لا يجبر وهي رواية ابن الحكم وحكي في المجرد اجبار كل منهما على أن يبنى مع الآخر الحيطان روايتان وكذا في الاجبار على بناء السقف الذي يختص بملك صاحب العاوى وحاصل هذا يرجع الى انه هل يلزم الانسان بناء ملكه الخاص به اذا كان انتفاع غيره به مستحقا لما يلزمه دفع الضرر عنه ببناء السترة وهل يلزم الشريك في الانتفاع البناء مع المالك كالشريك في المالك وعلى هذا يخرج إذا كان له على حائط جاره له يحاذيه ساباط بحق فانهدم الحائط هل يجبر المالك على بنائه وظاهر كلام القاضى في خلافه اجباره أن يبنيه منفردا به بغير خلاف ولعل هذا فيما اذا كان بحق معاوضة ومثله ذكر ابن عقيل في فتوئه في من له حق اجراء مائه على سطح غيره فعاب السطح ولو بجريان مائه عليه لم يلزم صاحب الماء المشاركة في الاصلاح وكذا لو كان ماء تلك الدار يجرى الى بئر بحق فعابت فعابت البئر لم يلزم صاحب الماء المشاركة في اصلاحها ويخرج ذلك كله على الخلاف في السفلى الذي تلوه للمالك [آخر] يتوجه ويرجع الى أن الشركة في الانتفاع هل هي كالشركة في الملك (ومنها) القناة المشتركة اذا تهدمت نص أحمد على الاجبار على العمارة كما سبق ولم يذكر ابن أبي موسى فيه خلافا واما ذكر الروايتين في الحائط والفرق أن الحائط يمكن قسمته بخلاف القناة والبئر وطرد القاضى والاكثر في الروايتين وإذا لم نقل بالاجبار فعمر احدهما لم يكن له منع الآخر من الماء ذكره القاضى في المجرد وابن عقيل وصاحب المنحصر والمنع لأن الماء باق على ما كان عليه من الملك والاباحة وانما أزال الضرر عن طريقه ولا يقع الاشتغال على ملك الآلات المعمور بها ، وفي الخلاف الكبير والتمام لابي الحسين له المنع من الانتفاع بالقناة ويشهد له نص عليه بالمنع من سكنى السفلى اذا بناء صاحب العلو ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط اذا أعيد بآلاته العتيقة لأن ذلك كله انتفاع بما بذل فيه الشريك ماله فيمنع منه بغير اذنه ولأن انفاقه على نفسه وشريكه جائز فيستحق الرجوع ولا يكون متبرعا (ومنها) ان ما يقبل القسمة من الأعيان اذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وعلى التزام كلفها ومؤونها لتكميل نفع الشريك ، فأما مالا يقبل القسمة فانه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه ، نص أحمد على ذلك في رواية الميمون فقال إذا اختلفوا في القسمة فليس للبضار شيء إذا كان يدخله نقصان ثمنه بيع وأعطوا الثمن وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال كل قسمة منها ضرر لا أرى أن يقسم مثل عبد بين رجلين وأرض في قسمتها ضرر ويقال لصاحبها إيمان تشتري

وأما أن تتركه إذا كان ضررا وصرح بذلك ابن أبي موسى والقاضي والحلواني والشيرازي وابن عقيل
والسامري وصاحب الترغيب ، وصرح بمثله في اجارة العين اذا لم يتفق على المهايأة أو تشاحا ، وكذلك
قال القاضي في خلافه وأبو الخطاب في انتصاره ، وكثير منهم صرحوا بأنه يباع عند طلب القسمة وان
لم يطلب البيع ، ولهذا مأخذان : أحدهما أنه اذا تعذر قسمة العين عدل الى قسمة بدلها وهو القيمة ،
وهذا مأخذ من قال يباع بمجرد طلب القسمة ، وهو ظاهر كلام أحمد . والثاني أن حق الشريك في نصف
القيمة مثلا لا في قيمة النصف فلو باع نصيبه مفردا لنقص حقه ويدل على أن حقه في نصف القيمة أن
الشرع أمر في السراية أن يقوم العبد كله ثم يعطى الشركا قيمة حصصهم ، وقد نص الأصحاب على
أن للولي بيع التركة على الصغار والكبار اذا كان في تبعضها ضرر واحتيج الى البيع ، وما دل عليه
كلام بعضهم من امتناع البيع على الكبار في غير هذه الصورة قد يكون بناء على أن ضرر ما نقص
ليس بمانع من قسمة الاجبار كقول الخرقى ، وإنما المانع منها أن لا ينتفع بالمقسوم فحينئذ يكون
عدم الاجبار على البيع في حالة نقص القيمة مبنيا على أن القسمة ممكنة ومع الاجبار عليها لا يقع
الاجبار على البيع ثم وجدت في مسائل ابن منصور عن أحمد في عبد بين رجلين أراد أحدهما
أن يبيع وأبي الآخر ، قال أحمد يبيع كل منهما حصته وهذا يدل على أنه لا اجبار على البيع مع
الشريك ، وهذا كله في المشاع المشترك ، فاما المتميز كمن في أرضه غرس لغيره أو في ثوبه صبغ
لغيره اذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه فحق اجبار وجهان ، أو ردهما صاحب المحرر في غراس
المستعير لأنه يستدام في الأرض فلا يتخاص أحدهما من صاحبه بدون البيع ، بخلاف غرس الغاصب
فانه يتخاص منه بالقاع ، فاما البيع فحق المغني وغيره في بيع الغاصب ان طلب مالك الثوب أن يبيع
معه لزمه وفي العكس وجهان وجزم القاضي في خلافه بالاجبار على البيع بطلب الغاصب ، وأما
صبغ المشتري إذا أفس وأخذ البائع ثوبه وطلب أحدهما البيع اجبر الآخر عليه ، وهذا لأن
الصبغ يستدام في الثوب فلا يتخاص من الشركة فيه بدون البيع ، وإنما فرقنا بين طلب الغاصب
وغيره على وجه لثلا يتسايط الغاصب بعدوانه على إخراج مالك غيره عنه قهرا (ومنها) قسمة
المنافع بالمهايأة هل تجب الاجابة اليها أم لا ، المشهور عدم الوجوب ولم يذكر القاضي وأصحابه في
المذهب سواء وفرقوا بين المهايأة والقسمة بان القسمة افراز أحد المملكين من الآخر والمهايأة
معاوضة حيث كانت استيفاء للنفعة من مثاليها فزهن آخر ، وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه
فلا يازم بخلاف قسمة الأعيان ، ونص أحمد في رواية صالح وحنبل وأبي طالب في العبد المشترك
إذا أعتق أحد الشريكين نصفه أو كاتبه فانه يكون يوما لنفسه ويوما لسيده الباقي ، وتأوله القاضي
(١٩ - قواعد)

على التراضى وهو بعيد ، وحكى أبو بكر فى التنبية فيه روايتين ، أحدهما : يكون يوماً لنفسه ويوما لسيده ، والآخرى أن كسبه بينهما وهذا يدل على وقوع المهايأة حكماً من غير طلب وفى المسألة وجه آخر أنه يجب المهايأة بالمكان دون الزمان لانتفاء تأخر استيفاء أحدهما لحقه فى المهايأة بالامكنة فهو كقسمة الأعيان واختاره صاحب المحرر وعلى القول بانتفاء الوجوب مطلقاً فيجوز بالتراضى ، وهل يقع لازمة إذا كانت مدتها معلومة أو جائزة على وجهين ، والمجوز فى الترغيب الجواز ، واختار صاحب المحرر اللزوم ، وعلى القول بالجواز لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وإن رجع بعد الاستيفاء غرم ما انفرد به وقال الشيخ تقي الدين لا يفسخ حتى ينقضى الدور ويستوفى كل منهما حقه منه ، ويمكن أن يؤخذ ذلك من مسألة القسم وهى أن من له روجتان فقسم لأحدهما ثم أراد أن يطلق الأخرى لم يجز له حتى يوفيهما حقهما من القسم لئلا يفوت حقها بالطلاق ، ولا يقال هذه القسمة لازمة بخلاف المهايأة لأنها إجمالية لا أجل المساواة بين الزوجية ، ولهذا قال القاضى ومن اتبعه أن قدم الابتداء ليس بواجب ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع فى مدة الآخر قبل تمكنه من القبض ، فأنفى الشيخ تقي الدين رحمه الله بأنه يرجع على الأول بيد حصته من تلك المدة التى استوفىها ما لم يكن قد رضى بمنفعة الزمن المتأخر على أى حال كان جعلاً للتالف قبل القبض كالتالف فى الإجارة قال وسواء قلنا القسمة إفراز أو بيع فإن المعادلة معتبرة فيها على القولين ولهذا ثبت فيها خيار العيب والتدليس انتهى . وهذا على القول بالجواز ظاهر ، ولكن الشيخ رجح اللزوم . ويتخرج فى الرجوع حيثئذ وجهان بناء على الروايتين فيما إذا تقاسم الشريكان الدين فى ذم الغرماء ثم تاف أحدهما قبل القبض هل يستحق صاحبه الرجوع على الآخر فيما قبضه أم لا ؟ على روايتين نقلهما معا ابن منصور فى مسائله عن أحمد ، ورواية الرجوع حملاً لأصحاب على أن القسمة لم تصح ، لكن المراد بقولهم لم تصح أنها غير لازمة لأن القبض بها محرم باطل ، ولهذا قالوا لو قبض شيئاً باذن شريكه لا انفرد به على الصحيح فيكون حيثئذ شبهه بالمهايأة (ومنها) الزرع والشجر المشترك إذا طالب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلى ذلك أجبر الآخر عليه ، ذكره القاضى ، وحكاه عن أبي بكر فيما إذا أوصى لأحدهما بزرع والآخر بقبضه وأخذه من مسألة الجدار وهو أولى بالوجوب لأن السقى من باب حفظ الأصل وإبقائه فهو كدعامة السقف إذا انكسر به خشبه والحائط المائل ، وذلك أولى بالوجوب من بناء الساتط لأن إعادة الحائط بعد زواله شبهه بأحداث المنفعة لكن لما كان ردأله إلى ما كان عليه ألحق باستيفاء المنفعة ، وألحق الشيخ تقي الدين بهذا كل ما فيه حفظ الأصل إذا احتيج إليه مثل الحارس والناظر والدليل على الطريق

والرشوة التي يحتاج اليها لدفع الظلم عن المال ، وذكر القاضي أيضاً فيمن اشترى شجراً وعليه ثمر للبائع أن أحدهما إذا طالب السقي لحاجة ملكه اليه أجبر الآخر على التمكن لدخوله على ذلك وتكون الأجرة على الطالب باختصاصه بالطالب دون صاحبه ، وهذا يشمل ما إذا كان [نفع] السقي راجعاً اليهما ، وعلل ذلك في المغني بأن السقي لحاجته وظاهره اختصاصه بحالة عدم حاجة الآخر فان النفع إذا كان لهما فالمؤونة عليهما كبناء الجدار وإن عطش الأصل وخيف عليه الضرر ففي الاجبار على القطع وجهان ذكرهما في المغني وعلل للاجبار بان الضرر لاحق للثمن لا محالة مع القطع والتبقيّة والأصل ينحفظ بالقطع فمراعاته أولى ، وذكر القاضي وابن عقيل فيما لو وصى بثمر شجر لرجل وبرقبته لآخر أنه لا يجبر أحدهما على السقي لأن أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر بخلاف الثمر المشتري في رؤوس النخل ، وهذا في سقي أحدهما بخالص حق الآخر بخلاف ما سبق في الوصية بالزرع والتبن

(القاعدة السابعة والسبعون)

من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشراكة ضرر ولم يفصله مالكه فلمالك الأصل أن يملكه بالقيمة من ماله ويجبر المالك على القبول وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً لزوال ضرره بالفصل ويخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها غراس المستأجر وبنائه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك فللمؤجر تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه ، وفيه ضرر عليه ذكر ذلك القاضي وابن عقيل والاكثرون ، ولم يشترط أبو الخطاب أن لا يملكه المالك فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء (ومنها) غراس المستعير وبنائه إذا رجع المعير أو انقضت مدة الأمانة وقلنا يلزم بالتوقيت فالمنصوص عن أحمد أنه يملك بالقيمة نقله عنه منها وابن منصور ، وكذلك نقل عنه جعفر بن محمد لكن قال في رواية يملك بالنفقة ولمالكه القلع ابتداء بغير خلاف ، ولا يجبر عليه إذا كان فيه ضرر وإن لم يكن فيه ضرر فتردد فيه كلام الأصحاب ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يقلع بدون شرط (ومنها) غراس المشتري في الأرض المشفوعة وبنائه حيث يتصور ذلك إذا انتزع الشفيع فانه يأخذه مع الأرض بقيمته نص عليه ولمالكه أن يقلعه أيضاً ولا يجبر عليه إلا أن يضمن له النقص (ومنها) غراس المفلس وبنائه إذا رجع صاحب الأرض فللمفلس والغرماء القلع فان أبوه وطلب البائع

الملك بالقيمة ملكه ، وكذلك إذا طاب القاع مضمونا (ومنها) إذا أصدقها أرضاً فغرس فيها أو بنت ثم طلقها قبل الدخول فطاب الرجوع في نصفها وبذل نصف قيمة الغراس والبناء قال الخرقى يجبر على القبول ، وقال القاضي يسقط حقه إلى القيمة على قوله فليست المسألة بما نحن فيه فإن قيل هذه المسألة والتي تبليها يملك فيهما الغراس والبناء مع الأرض فلا يكو [نا] إن من صور مسائل القاعدة . قيل بل هما منها فإن الشفيع إنما يستحق انتزاع بناء المشتري وغراسه لأنه أحدثه في حال تعلق حقه به ، فكأنه قد أحدثه في ملكه ، وكذلك الزوجة لأنها قبل الدخول لم يستقر لها الملك على النصف لتعرضه لعوده إلى الزوج باختياره تارة وبغيره أخرى ، وفي انتقال ملك النصف إليها خلاف مشهور فكذلك [يستحق] الزوج تملكه (ومنها) القابض بعقد فاسد من المالك إذا غرس وبني فللمالك تملكه بالقيمة كغراس المستعير ولا يقلع إلا مضموناً بالاستناد إلى الاذن ، ذكره القاضي وابن عقيل (ومنها) غرس المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالحال ، والمنصوص عن أحمد أنه يملك بالقيمة ولا يقلع مجاناً نقله عنه حرب ويعقوب ابن بختان في رجل باع أرضاً من رجل فعمل فيها وغرس ثم استحقها آخر قال يرد عليه قيمة الغراس أو نفقته ليس هذا مثل من غرس في أرض غيره ، وكذلك نقل عنه محمد بن [إبي] حرب الجرجاني عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها وعمل ثم استحقها آخرانه يرد عليه قيمة الغراس يوم يستحق ليس هذا مثل الغراس في أرض غيره فيقلع غرسه ، وحمل القاضي هذه النصوص على أن له القيمة على من غرسه (١) كما في الغرور بنكاح أمة ، قال فاما المستحق الأرض فلا ضمان عليه لأنه لم يحصل منه اذن في ذلك ، وهذا مخالف لمذلول هذه النصوص على ألا يخفى وكونه لم يحصل منه اذن لا ينفي كون الغراس محرماً كما نقول فيمن حمل السيل إلى أرضه نوى فنبت شجراً أنه كغراس المستعير على أصح الوجهين لا يقلع مجاناً لعدم التعدي في غرسه وهو اختياره أعني القاضي ، وأفرها الباقي في موضع من خلافه رواية ، وكذلك صاحب الحرر ، ولكن الذي ذكره ابن أبي موسى والقاضي في المجرد وتبعه عليه المتأخرون أن للمالك قاعه مجاناً ويرجع المشتري بالنقص على من غرسه والصحيح الأول ولا يثبت عن أحمد سواه ، وهو قول الليث ومالك وأبي عبيد وبه قضى عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما ، لكن عمر بن الخطاب خير صاحب الأرض بين أن يعطي الغراس قيمة غرسه وبين أن يدفع الغراس إليه قيمة أرضه ، وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز ، لكنه إنما قضى بدفع قيمة الأرض إلى المالك عند عجزه عن نفع (٢) قيمة الغراس وقد ذكر هذه الآثار أبو عبيد [القاسم بن سلام]

(١) كذا في نسختي الدار وفي نسختنا: غيره (٢) كذا ولعلها دفع

في كتاب الأموال، والخلال في كتاب القرعة من الجامع (ومنها) غراس الغاصب وبنائوه والمشهور عن أحمد أن للمالك قلعه مجاناً وعليه الأصحاب، وعنه رواية ثانية لا يقلع بل يتملك بالقيمة أيضاً وعن حكاهما القاضي وابن عقيل في كتاب الروايتين لها وخرجاها في خلافيهما من مسألة الصبغ، ونص عليها أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه فيمن غصب أرضاً أو داراً وبني فيها قال يعجبني أن يغرم البناء ويغطي لأنه إن أخذ الغاصب بناءً أضرب الأرض في الخراب والهدم ويكون أيضاً ذهب مال الغاصب في الأجر والجص وكل شيء وفي مسائل ابن هانئ عن أحمد في رجل أكرى أرضاً فغرس فيها أشجاراً واشترط عليه رب الأرض أن لا يغرس فيها غيره فغرس فيها شجراً يعني غير ما اشترطه وأثمر الشجر وأراد أن يقلع الغراس قال لا يقلع الشجر من الأرض [لئلا] يضر بهما جميعاً، وعلى هذه الرواية فلا يقلع إلا مضموناً لغرس المستعير كذلك حكاهما القاضي وابن عقيل فلذلك يملك بالقيمة حيث لم يكن القلع بدون ضرر (ومنها) إذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها قال ابن أبي موسى إن كان غير عالم بالوصية فهو محترم يملك بقيمته غير مقلوع وجهاً واحداً، وإن كان عالماً بالوصية فكذلك ويتوجه أن يقلع بناءه ولم يفرق بين ما قبل القبول وبعده فإن ظاهر كلامه أن الوصية تملك بالموت من غير قبول فانه ذكر أن من أوصى لمن لا يعرف حملت وصيته إلى الحاكم ليفرقها في أبواب البر ونص أحمد على ذلك أيضاً ولكن ما ذكره من أن الوارث إذا بنى وهو عالم بالوصية أن بناءه لا يقلع يشكك على ذلك لأنه يكون كبناء الغاصب، وأما غير العالم فبنائوه كبناء المشتري من الغاصب على ما سبق، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور أن البناء للورثة ولم يتعرض لتملكه عليهم ولا لقلعه فظاهره أنه محترم وذلك يرجع إلى أن الموصى له يملكه من حين القبول، أما إن قيل يملكه بالموت أو يتبين بقبوله ملكه بالموت فلبناء في الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان (ومنها) من كان في أرضه نخلة لغيره فالحق صاحب الأرض ضرر بدخوله قال أحمد في رواية حنبل ذكر له الحديث الذي ورد في ذلك وأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر صاحبها أن يبيع ما بنى فأمره أن يناقل فابن فأمره أن يهب فابن فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أنت مضار، اذهب فاقلع نخله. قال أحمد كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك فإن أجاب والا جبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان ذلك فيه مرفق له والحديث المشار إليه أخرجه أبو داود في السنن وأورده الخلال في الجامع من وجه آخر ولا يقال لم يأمره بضمان النقص فيكون كغرس الغاصب فكيف يتملك لانا قدمنا الخلاف في غرس [الغاصب] وأيضاً فالامر بالقلع هنا إنما كان عند الإصرار على المضاربة والإمتناع من قبول

ما يدفع ضرر المالك ولهذا قال أصحابنا في المستعير إذا امتنع المميز من الضمان مطلقاً فطالب قيمة الغراس والبناء اجيب الى ذلك وان طلب القلع وضمان النقص لم يجب

ومن ذلك إذا اشترى حيواناً يؤكل واستثنى رأسه أو أطرافه فإنه يصح ، فإذا امتنع المشتري من الذبح لم يجب وكان له قيمة المستثنى نص عليه ومن ذلك من ملك ثوباً فصبغه ثم زال عنه ملكه بفسخ هل يملك من عاد اليه الملك ويملك الصبغ بالقيسمة أم لا قال الأصحاب في بايع المفلس إذا دفع اليه الثوب وفيه صبغ أنه له تملكه بالقيمة لأنه معد للبيع ولا بد فيكون البائع أولى منه لاتصاله بملكه ، وأما إن رجع اليه بفسخ بعيب فالمشهور أنه لا يملك تملكه قهراً ، وخرج ابن عقيل وجهاً آخر أنه يملكه بالقيمة من مسألة الخرق في الصداق حيث قال له تملك الصبغ بقيمته ، ونزل حنبل عن أحمد أن المشتري يرد المبيع على البائع ويأخذ منه قيمة الصبغ وهذا يشعر باجبار البائع على دفع قيمته ، وأما الغاصب إذا صبغ الثوب فهل للمالك تملك الصبغ بقيمته قهراً أم لا فيه وجهان واختار القاضي وابن عقيل عدمه وصحح بعض الأصحاب خلافه لأن المشهور أنه لا يملك قلعه فيه وجهان واختار القاضي وابن عقيل عدمه وصحح بعض الأصحاب خلافه لأن المشهور أنه لا يملك قلعه ويملكه على وجه مضموناً بخلاف البناء والغراس فلا يتخلص من الضرر بدون تملكه فاما الآثار التي يقع بها الشركة كضرب الحديد مسامير ونجر الخشب ابواباً فان كان ذلك من الغاصب فنص أحمد في رواية محمد بن الحكم على أن المالك يدفع اليه قيمة الزيادة ويملكه عليه وكذا قال ابن أبي موسى والشيرازي لهما جعلاً المردود نفقة العمل دون القيمة

(القاعدة الثامنة والسبعون)

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح تملكه وتخاصه من ملك غيره فان لم يكن من دخل النقص عليه بتفريط باشتغال ماله بملك غيره فالضمان على من أدخل النقص ، وإن كان منه تفريط فلا ضمان على من أدخل النقص وكذا ان وجد من دخل النقص عليه إذن في تفريط ملكه من ملك غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريط وإن وجد منه إذن في اشتغال ملكه بهال غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريط فوجهان ، ويفرع على ذلك مسائل كثيرة

(منها) لو باع داراً فيها ناقة لم تخرج من الباب إلا بهدمه فإنه يهدم ويضمن للمشتري النقص (ومنها) لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع فحصدته فان لم يبق له عروق أو كانت لا تضر فليس عليه نقلها ، وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر ذكره القاضي

وابن عقيل (ومنها) لو دخل حيوان غيره داره وتعذر إخراجه بدون هدم بعضها أو أدخات بهيمة غيره رأسها في قدره أو وقع دينار غيره في محبرته وتعذر إخراجه بدون الكسر ولم يكن ذلك بتفريط. أحد فهدمت الدار وكسرت القدر أو المحبرة فالضمان على صاحب الحيوان والدينار (ومنها) لو حمل السيل إلى أرضه غرس غيره فنبت فيها فقلعه ماله فعليه تسوية حفره (ومنها) لو اشترى أرضاً وغرسها ثم أفلس ورجع فيها البائع واختار المقاس والغرماء القلع فعليهم تسوية الحفر وضمان ارش النقص لأنه نقص حصل بتعالمهم في ملك البائع ليخاص ما كرم منه (ومنها) لو غصب نصيلاً وأدخله داره وكبر وتعذر إخراجه بدون هدمها فانها تهدم من غير ضمان لتفريطه ، وكذلك إذا غصب غراساً وغرسه في أرضه فانه يقاتل ولا يضمن حفره (ومنها) لو غصب ثوباً فصبغه ثم طلب قلع صبغه وقد يملكه فعليه نقص الثوب بذلك كما لو غرس الأرض التي غصبها ثم قلع غرسه (ومنها) لو اعاره أرضاً للغراس ثم أخذ غرسه فان كان قد شرط عليه القلع فلا يلزمه ضمان النقص بذلك ولا تسوية الحفر لأن المالك رضى بذلك باشتراطه [له] وان لم يشترط عليه القلع فوجهان أحدهما لا يلزمه أيضاً قاله القاضي وابن عقيل لأن الاعارة مع العلم بجواز القلع رضا بما ينشأ عنه من الحفر والثاني يلزمه ذلك وبه جزم صاحب الكافي لأنه قلع باختياره حيث لا يجبر عليه فقد أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ماله وعلى هذا فلو طلب منه المالك القلع وبذل ارش النقص فينبغي أن لا يلزمه التسوية لأن القلع بأمر المالك مع أن كلام ابن عقيل وغيره يشعر بخلاف ذلك فاما الاعارة للزرع اذا كان عروقه الثابتة تغرس بالأرض فقد يقال يجب نقلها وتسوية الحفر لأن الزرع يجبر على تفريق الأرض منه بخلاف الغرس وقد يقال لا يجب لأن الاذن فيه مع العلم بأنه لا يبقى رضا بما ينشأ من قلعه المعتاد (ومنها) اذا أجره أرضاً للغراس وانقضت المدة كان القلع مشروطاً عند انقضائها فلا ضمان وان لم يكن مشروطاً فيه الوجهان أيضاً ولم يحك صاحب الكافي في الضمان خلافاً وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد وعال بأنه قلع غرسه من أرض غيره التي لا يملكها بغير أمره، وجزم صاحب التاخير بعدم الضمان، ولم يذكر فيه خلافاً وعلل بأن المالك دخل على ذلك (ومنها) اذا غرس المشتري في الأرض ثم اتزعا الشفع فقلع المشتري غرسه ففيه وجهان . أحدهما عليه تسوية الحفر وضمان النقص، وهو ظاهر كلام الخرقى لأن قلعه في ملك غيره لتخليص ملكه ، والثاني لا يلزمه ذلك ذكره القاضي وبه جزم في الكافي معاملاً بانتفاء عدوانه مع أنه جزم في باب العارية بخلافه والقاضي انما عاله بأنه ملك نفسه من ملك نفسه وهذا انما يكون اذا قلع قبل تملك الشفع لا بعده

(القاعدة التاسعة والسبعون)

الزراع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام :

القسم الأول أن يزرع عدوانا محضا غير مستند الى إذن بالكلية، وهو زرع الغاصب فالمذهب أن المالك ان أدركه نابتا في الأرض فله تملكه بنفقته أو بقيمته على اختلاف الروايتين، وان أدركه قد حصد فلاحق له فيه، ونقل حرب عن أحمد أن له تملكه أيضا، وهم أبو حفص العكبري ناقلها على أن من الأصحاب من رجحها بناء على أن الزرع نبت على مالك مالك الأرض ابتداء والمعروف في المذهب خلافة والمعتمد عند الأصحاب في المسئلة هو حديث رافع بن خديج، وقد احتج به أحمد تارة، وقال تارة ما أراه محظوظا وذكر فيه حديثا آخر مرسل من مراسيل الحسن بن محمد بن الحنفية، وقال هو شيء لا يوافق القياس وفرق بين زرع الغاصب وغرسه حيث يقطع غرسه كما دل عليه قوله ليس لعرق ظالم حق فان الزرع يتلف بالقطع فقلعه فساد بخلاف الغرس ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس بان المتولد بين أبوين يملوك من الأدميين يكون ملكا للمالك الأم دون مالك الأب بالاتفاق مع كونه مخلوقا من مائهما وبطون الأمهات بنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر، ولهذا سمي النساء حرثا ولعن النبي صلى الله عليه وسلم من سقى ماءه زرع غيره فجعل الولد زرعاً وهو للمالك أمه وسر ذلك أن الحيوان ينعقد من المائين ثم يغتذى من دم المرأة فأكثر أجزائه من مخلوقة من الأم كذلك البذر ينحل في الأرض وينعقد الزرع من التربة والحبة ثم يغتذى من الأرض ومائها وهوائها فتصير أكثر أجزائه من الأرض وانما خير مالك الأرض ين تملكه وبين أخذ الاجرة لانه قابل لاستيفائه بعد الاجارة بخلاف الايلاد وجبر حق صاحب البذر باعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوما بخلاف ما يخاق منه الولد فانه لاقيمة له ولذلك لم يجب لاحد الابوين شيء وهذا مطرد في جميع المتولدات بين شيئين في الحيوان والنبات والمعدن حتى لو ألقى رجل في أرض رجل شيئا مما تنبت الماء دن لكان الخارج منه لرب الأرض كالنتاج والزرع وهذه الطريقة سالكها القاضي في خلافه وابن عقيل والشيخ تقي الدين وهذا ملخص من كلامه

القسم الثاني ان يؤذن له في زرع شيء فيزرعه باضرره أعظم منه كمن استأجر لزراع شعير فزرع ذرة أو دخنا فحكمه عند الأصحاب حكم الغاصب لتعديده بزرعه فانه غير مستند الى إذن والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله ان عليه ضمان أجره المثل للزيادة ولم يذكر تملكه فان هذا الزرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر المستأجر له والزيادة عليه ضمير مأذون فيها، وهي غير متميزة فكيف يملك

المؤجر الزرع كله . وقد ينبنى ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من الأجرة هل هو الأجرة المسماة مع تفاوت ما بين الأجرتين من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان ؟ والمنصوص الأول وهو قول الخرقى ، والقاضى والثانى اختيار ابن عقيل وحكاة القاضى عن أبى بكر وكلامه فى التنبيه موافق الوجه الأول فعلى الوجه الأول لا يتوجه أن يملك المؤجر الزرع كله وعلى الثانى يتوجه ذلك فكيف جزم القاضى بتملكه مع اختياره للوجه الأول فى الضمان . ولو استأجر للزرع مدة معينة فزرع فيها مالا تنتهى فى تلك المدة ثم انقضت فقال لأصحاب حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع الغاصب للعدوان ، ثم ان القاضى وابن عقيل قالوا عليه تفريغ الأرض بعد المدة وليس بجار على قواعد المذهب فانما المالك مخير بين تملكه وتركه بالأجرة فاما القلع فلا

القسم الثالث أن يزرع بعقد فاسد من له ولاية العقد كالمالك [والوكيل] والوصى والناظر اما بمزارعة فاسدة أو باجارة فاسدة . فقال لأصحاب الزرع لمن زرعه وعليه لرب الأرض أجرة مثله . وذكر القاضى فى خلافه أن أحمد نص عليه فى رواية حرب فى البيع الفاسد وانما رواية حرب فى الغرس . وذكره الخرقى أيضا فى المزارعة الفاسدة لأن الزرع هنا استند الى إذن من له الإذن فلا يكون عدوانا ويحتمل أن (١) هذا التفريق بين إذن المالك ومن يتصرف لغيره بطريق المصلحة كالوصى فلا يعتبر اذنه لا تنفاه المصلحة فى العقد الفاسد ويحتمل أيضا التفريق بين عقود المالك كالبيع وعقود التصرف بالإذن كالمزارعة لأن عقود المالك وقع العقد فيها على الملك دون الإذن ولهذا لم يصح تصرف المشتري فى العقد الفاسد بخلاف عقود التصرف فان الإذن موجود فى صحيحها وفاسدها ولذلك صححنا التصرف فى فاسدها وقد ورد فى ذلك حديث مرسل من طريق الأوزاعى عن واصل بن أبى جميل عن مجاهد ، عن أربعة اشتركوا فى زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم قبل الأرض ، وقال الآخر قبل الفدان ، وقال الآخر قبل البذر ، وقال الآخر على العمل . فلما استحصد الزرع تفاتوا فيه الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل الزرع لأصاحب البذر وألقى صاحب الأرض وجعل لأصاحب العمل درهما كل يوم ، وجعل لأصاحب الفدان شيئا معلوما ، وقد أنكر أحمد هذا الحديث قال فى رواية ابن القاسم لا يصح والعمل على غيره . وقال ابو داود سمعت أحمد ذكر هذا الحديث قال هو منكرا لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزرع لأصاحب الأرض ، وفى هذا الحديث جعل الزرع لأصاحب البذر ، وهذا الكلام يدل على أن العمل عند الامام

(١) فى نسختي الدار : على هذا التفريق

أحمد على أن يكون الزرع لصاحب الأرض في الإجارة الفاسدة والمزارعة الفاسدة. وقال في رواية إبراهيم بن الحارث الحديث حديث أبي جعفر الخطمي يشير إلى ما رواه أبو جعفر عن سعيد بن المسيب. قال قال كان ابن عمر لا يرى بها يعني المزارعة بأشاحتى بلغه عن رافع بن خديج حديث فلقية فقال رافع أتى النبي ﷺ بنى حارثة فرأى زرعاً فقال : « ما أحسن زرع ظهير ، اليس أرض ظهير ؟ » قالوا بلى ولكنه أزرعها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » أخرجه أبو داود والنسائي ولأبي داود معناه من حديث عبد الرحمن بن أبي انعم عن رافع بن خديج والدار قطنى نحوه من حديث عائشة ، ولأبي بن عدى معناه من حديث جابر وفيها ضعف ، وكل هذه وارد في المزارعة الفاسدة لا في الغصب وقد رجح الإمام أحمد حديث أبي جعفر على حديث أبي إسحاق عن عطاء عن رافع بن خديج فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، وقال الحديث حديث أبي جعفر وقال في رواية أبي داود أبو إسحاق زاد فيه زرع بغير إذنه وأيس غيره يذكر هذا الحرف فقديين أن التملك بالنفقة إنما يثبت عنده في المزارعة الفاسدة أن يملك الزرع فيها مع ثبوت الحديث فيها بخصوصيتها دون الغصب لاسيما وقد انكر حديث جعل الزرع لرب البذر وصرح بأن العمل على غيره . وقد خرج الشيخ تقي الدين وجهها في المزارعة الفاسدة أنها تملك بالنفقة من زرع الغاصب وقد رأيت أن كلام أحمد إنما يدل عليه لا على خلافه

القسم الرابع أن يزرع في أرض غيره بعقد بمن يظن أن له ولاية العقد ثم تبين بخلافه مثل أن تبين الأرض مستحقة للغير فالمنصوص أن المالك الأرض تملكه بالنفقة أيضاً نقله عنه الأثرم وإبراهيم بن الحارث (ومنها) وهذا متوجه على قول القاضي ومن وافقه أن غرسه وبناءه كغرس الغاصب وبناءه ، وأما على المنصوص هناك أن غرسه وبناءه محرم كغرس المستعير والمستأجر وبناءهما فيتوجه على هذا أن يكون الزرع للمالك وعليه الإجارة (١) ويرجع بها على الغاصب لتقديره ، وبمثل ذلك أفتى الشيخ تقي الدين لكنه جعل الزرع بين المالك والمزارع نصفين بناء على أصله في إيجار الغاصب بالمال أن الربح بينه وبين المالك وطرده أن يكون زرع الغاصب كذلك ولكن لا نعلم به قائلًا ، ثم وجدنا ابن أبي ليلى يقول بذلك في زرع الغاصب . وفي أجزء ما بناء في الأرض المخصوصة وقد وافقه أحمد على أجرة البناء خاصة . وينهد لهذا الوجه أن الزرع النابت في أرض الغير مما حمله السيل للمالك مبقى (١) هنا بالإجارة لحصوله من غير عدوان ولا تفریط ، وإن كان الاذن متنفياً وهنا مثله ويحتمل أن يملكه مالك الأرض أيضاً كما زرع بعقد فاسد على ما دل عليه كلام أحمد وليس

الامتناع من قلع الغرس مجانا منافيا لتملك الزرع فان المانع من القاع ادخال الضرر على مالك الغراس بالنقص وهو مذكور لغرضه وهو يتعذر عليه الرجوع على الغاصب والمقتضى لتمكنك الزرع هو انتفاء الاذن الصحيح وهو موجود هنا ولهذا يملك غراسه وإن قيل باحترامه

القسم الخامس أن يزرع في أرض يملكها أو بأذن مالكها ثم ينتقل ملكها إلى غيره والزرع قائم فيها ، وهو نوعان : أحدهما أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته فالزرع للمالك ولا أجره عليه بسبب تجديد الملك بغير إشكال . ويدخل تحت هذا من استأجر أرضاً من مالكها وزرعها ثم مات المؤجر وانتقلت إلى ورثته . ومن اشترى أرضاً فزرعها ثم أفلس فان للبائع الرجوع في الأرض والزرع للفلس . ومن أصدق امرأته أرضاً فزرعها ثم طلقها قبل الدخول والزرع قائم . وقلنا له الرجوع فان الزرع مبقى بغير أجره إلى أوان أخذه وكذلك حكم من زرع في أرض يملكها ثم انتقلت إلى غيره . يبيع أو غيره يكون الزرع بغير أجره مبقى فيها إلى أوان أخذه : والنوع الثاني أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأول إلى غيره . ومن أمثلة ذلك الوقف اذا زرع فيه اهل البطن الأول أو من أجروه ثم انتقل إلى البطن الثاني والزرع قائم ، فان قيل إن الاجارة لا تنسخ والبطن الثاني حصتهم من الاجرة فالزرع مبقى للمالك بالاجرة السابقة ، وإن قيل بالانفساخ وهو المذهب الصحيح فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر فبقى بالاجرة إلى أوان أخذه . وقد نص احمد عليه في رواية مهمنا في مسألة الاجارة المنقضية وأفتى به في الوقف الشيخ تقي الدين وأفتى مرة أخرى بأنه يجعل زراعة بين المزارع ورب الأرض لنموه من أرض أحدهما وبذر الآخر ، وكذلك أفتى في الاقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مقطع آخر الزرع قائم فيها (ومنها) الشفيع اذا انتزع الأرض وفيها زرع للمشتري فهو محترم وهل يستحق أجره المثل على المشتري على وجهين : أحدهما لا يستحق شيئاً وهو المذكور في المغنى والتلخيص وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية هو أصح الوجهين لأصحابنا إلحاقه ببيع الأرض المزروعة فان الأخذ بالشفعة نوع يبيع قهرى : والثاني له الاجرة من حين أخذه ذكره أبو الخطاب في انتصاره ، وهو أظهر لأن حق الشفيع في العين والمنفعة جميعاً لوقوع العقد عاينها جميعاً وفي ترك الزرع مجانا تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض فلا يجوز.

القسم السادس حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت فيها فهل يلحق بزرع الغاصب لانتفاء الاذن من المالك فيملك بقيمته أو بزرع المستعير أو المستأجر من بعد انقضاء المدة لانتفاء العدوان من صاحب البذر على وجهين ، أشهرهما أنه كزرع المستعير وهو

اختيار القاضي وابنه أبي الحسن وابن عقيل وذكره أبو الخطاب عن أحمد لكن هل يترك في الأرض مجانا أم بأجرة على وجهين : أحدهما أنه يترك مجانا قاله القاضي وابن عقيل لأنه وإن انتفى عنه إذن الملك فقد انتفى عنه فعل الزارع فيتقابلان ولأنه حصل في الأرض بغير تفريط فهو كالقائم في الأرض المبيعة . والثاني له الأجرة ذكره أبو الخطاب عن أحمد لأنه زرع حصل ابتداءه في أرض الغير بغير إذن فأوجب الأجرة على المشتري من الغاصب وهو لا يعلم

القسم السابع من زرع في أرض غيره باذن غير لازم كالأجرة ثم رجع المالك فالزرع مبقى لمن زرعه إلى أن حصاده بغير خلاف لكن هل تجب عليه الأجرة من حين الرجوع أم لا على وجهين أشهرهما الوجوب وهو قول القاضي وأصحابه . والثاني انتفاء لأنه دخل على الانتفاع بغير عوض ، وهو اختيار صاحب المحرر وظاهر كلام أحمد في رواية صالح يشهد له

القسم الثامن من زرع في ملكه الذي منع من التصرف فيه لحق غيره كالراهن والمؤجر وكان ذلك يضر بالمستأجر وبالمرتهن لتنقيصه قيمة الأرض عند حلول الدين فهو كزرع الغاصب : وكذلك غراسه وبنائه فيقلع الجميع ذكره القاضي في خلافه وإنما قلع الزرع منه لأن مالك الأرض هنا هو الزارع والمتعلق حقه بها لا يمكنه تملكه لعدم ملكه فيتعين القلع وفيه نظر أما في الرهن فيمكن أن يقال إن نقص الأرض ينجر برهنية الزرع فإنه من جملة نماء الأرض فلا يجوز قلعه كذلك مع ما فيه من اتلاف مال الراهن ، وقد صرح القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول بأن الغراس الحادث في الأرض المرهونة بنفسه أو بفعل الراهن يكون رهنا لأنه من ثمنها والزرع مثله ولو قيل أنه لا يدخل في الرهن فيجوز أن يؤخذ من الراهن أجرة مثله أو ما نقص من قيمة الأرض بسببه ويجعل رهنا وقد وقع في كلام أحمد في رواية ابن منصور وكلام ابن أبي موسى ما يدل على جواز انتفاع الراهن بالرهن باذن المرتهن وتؤخذ منه الأجرة وتجعل رهنا وهذا في معناه وأما المستأجر ولا سيما إن كان استأجر للزرع فيجوز أن يقال له يملك الزرع بنفقته إذ هو مالك المنفعة كما قد يقال مثله في الزرع في أرض الوقف إن الموقوف عليه يملكه بالمنفعة الأرض ويحمل تخريج ذلك على الوجهين في تملك الموقوف عليه للشفعة بشركة الوقف على طريق من علل ثبوت الشفعة بكونه مالكا وانتفاءها بنصور ملكه فكذلك هنا ، وكذا القول في تملكه للغراس والبناء وعلى هذا يخرج مالو غصب الأرض [الموصى بمنافعها] أو المستأجر وزرع فيها فهل يملك الزرع مالك الرقبة أو مالك المنفعة ؟

(القاعدة الثمانون)

ما تكرر حمله من أصول البقول والخضروات هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر فيه وجهان وينبنى على ذلك مسائل :

منها هل يجوز بيع هذه الأصول مفردة أم لا إن الحقتما بالشجر لتكرر حملها جاز فيه صرح القاضى وابن عقيل فى موضع وفرقا فى موضع آخر بين ما يتبقى منها سنين كالقطن الحجازى فيجوز بيع أصوله ، وما لا يتبقى إلا سنة ونحوها لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع إلا أن تباع معه الأرض كالزرع ورجح صاحب التلخيص أن المقائى ونحوها لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع فإنها مع أصولها معرضة للآفات كالزرع وهو مقتضى كلام الحرقى وابن أبى موسى (ومنها) إذا باع الأرض ولها هذه الأصول فإن قلنا هى كالشجر انبنى على أن الشجر هل يدخل فى بيع الأرض مع الإطلاق أم لا وفيه وجهان، وإن قلنا هى كالزرع لم تدخل فى البيع وجها واحدا وللأصحاب فى المسئلة أيضا طريقتان: إحداهما أن حكمها حكم الشجر فى بقية الأرض وهى طريقة ابن عقيل وصاحب المحرر : والثانية أنها تتبع وجها واحدا بخلاف الشجر لأن بقيتها فى الأرض معتاد ولا يقصد نقلها وتحويلها فهى كالمنبوذات وهى طريقة أبى الخطاب وصاحب المغنى وعلى ما قررناه أولا يخرج فيها طريقة ثالثة أنها لا تتبع وجها واحدا كالزرع (ومنها) إذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر حمله فإن قيل هو كالشجر فللمالك قلعه بجانا وإن قيل هو كالزرع فللمالك مملكه بالقيمة وفى المسئلة وجهان مذكوران فى المغنى (ومنها) لو اشترى لقطة ظاهرة من هذه الأصول فتلفت بجائحة قبل القطع فإن قيل حكمها حكم ثمر الشجر تلفت من ضمان البائع ، وإن قيل هى كالزرع خرجت على الوجهين فى اجاحة الزرع (ومنها) لو ساقى على هذه الأصول فإن قيل هى كالشجر صححت المساقاة وإن قيل هى كالزرع فهى مزارعة

(القاعدة الحادية والثمانون)

النماء المتصل فى الأعيان المملوكة العائدة الى من انتقل الملك عنه بالفسوخ تتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا والمصوص عن أحمد أنه لا يتبع وهو الذى ذكره الشيرازى فى المبج، ولم يحك فيه خلافا وهو اختيار ابن عقيل صرح به فى كتاب الصداق والشيخ تقي الدين ويتبع الأصل فى التوثقة والضمان على المشهور ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة فالمشهور عنده

الاصحاب ان الزيادة للبائع تبعا لاصلها ولا يستحق المشتري عليه شيئا وخرج ابن عقيل بان
 الزيادة للمشتري وكذلك قال الشيرازي وزاد أنه يرجع على البائع بقيمة النماء وكذلك ذكره
 الشيخ تقي الدين وأخذه من عموم كلام أحمد في رواية أبي طالب إذا اشترى غنما فنمت ثم استحققت
 فالنماء له قال وهذا يعم المنفصل . والمتصل قلت وقد نص أحمد على الرجوع بقيمة النماء المتصل
 صريحا كما قال الشيرازي في رواية ابن منصور فيمن اشترى سلعة فنمت عنده وكان بها داء فان
 شاء المشتري حبسها ورجع بقدر الدواء وإن شاء ردها ورجع عايه بقدر النماء وتأولها القاضي
 على أن النماء المتصل يرد معها وهو ظاهر الفساد لأن الضمير في قوله رجع يعود الى المشتري وفي
 قوله عليه يعود الى البائع وإنما يرجع المشتري على [البائع بقيمة] النماء المنفصل ، ووجه الاجبار هنا على
 دفع القيمة ان البائع قد أجبر على أخذ سلعته ورد ثمنها فكذلك نماءها المتصل بها يتبعها في حكمها وان
 لم يقع عليه العقد والمردود بالاقالة والخيار يتوجه فيه مثل ذلك الا أن يقال الفسخ للخيار وقع
 للعقد من أصله بخلاف العيب والاقالة وقد صرح بذلك القاضي وابن عقيل في خلافهما وفيه بعد
 ومنها المبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن ووجده البائع قد نما نماء متصلا قال القاضي
 وأصحابه يرجع به ولا شيء للمفلس وكذلك ابن أبي موسى ذكر الرجوع وهو مأخوذ مما روى
 الميموني واسحاق بن ابراهيم عن أحمد إذا زادت العين أو نقصت يرجع في الزيادة والنقصان،
 ولفظ رواية اسحاق قيل له فان كان زاد أو نقص يوم اشتراه قال هو أحق به زاد أو نقص ، وهذا
 يحتمل أن يراد به زيادة السعر ونقصانه وان استبعد ذلك فليس في استحقاق الرجوع ما ينافي
 مطالبته بقيمة الزيادة كما لو كانت الزيادة صبغاً في الثوب . وقال الخرقى ليس له الرجوع وذكر القاضي في
 كتاب الهبة من خلافه أنه منصوص عن أحمد فيكون أسوة بالغرماء كما لو طلق الزوج قبل الدخول وقد
 زاد الصداق زيادة متصلة وفارق الرد بالعيب عنده من سلمه لأن الرد بالعيب قدرضى المشتري برده بزيادته
 بخلاف المفلس . ولأن الرد بالعيب استند الى سبب مقارن للعقد والفسخ هنا استند الى سبب حادث
 وهو حكم الحاكم وهو شبهه بالطلاق قبل الدخول وينتقض الاول بما لو اشترى عبداً بثوب فوجد
 صاحب الثوب به عيباً فإنه يردده ويأخذ العبد وان كان قد سمن . والثاني بما لو باعه عينا بعد إفلاسه
 وقبل حجر الحاكم فان حجره انما هو معتبر لثبوت المفلس وظهوره . وقد سبق نص أحمد بذلك
 وأيضاً لو باعه بعد الحجر ولم يعلم فإنه يرجع بها في أحد الوجهين . وفرق الاولون بين رجوع
 البائع وهنا وبين الصداق بأن الصداق يمكن الزوج الرجوع الى بدله تماماً بخلاف البائع فإنه لا يمكنه
 الدخول الى حقه تماماً الا بالرجوع ، هذا ضعيف لان اندفاع الضرر عنه بالبدل لا يسقط حقه من

العين لو كان ثابتاً ثم يبطل بما لو كانت الزوجة مفلسة فإن حقه لا يثبت في العين فيبطل الفرق ويتخرج من رواية ابن منصور في الرد بالعيب أن يرجع البائع ههنا ويرد قيمة الزيادة كما لو صبح المفلس الثوب (ومنها) ما وهب الأب لولده إذا زاد زيادة متصلة فلم يمنع رجوع الأب أم لا على روايتين معروفين. والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور امتناع الرجوع وعلى القول بجوازه فلا شيء على الأب للزيادة لأنها تابعة لما يباح له من مال ولده فهو بالرجوع والقبض يملك لها (ومنها) إذا أصدقها شيئاً فزاد زيادة متصلة ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع في نصفه وسقط حقه منه إلى قيمة النصف ذكره الحرقى ولم نعلم عن أحد من الأصحاب خلافه حتى جعله القاضى في المجرد رواية واحدة وفرق بينه وبين البائع المفلس بأن فسخ البائع رفع للعقد من أصله والطلاق قاطع للنكاح من حينه فلا يكون للزوج حق في الزيادة وهذا ممنوع فإن الفسخ بالفلس رفع للعقد من حينه أيضاً فهو كالطلاق، وخرج صاحب المحرر الرجوع في النصف بزيادة المتصلة من الرواية المحكية عن أحمد في الرجوع في نصف الزيادة المنفصلة وأولى. وسند كراصل هذه الرواية فيما بعد إن شاء الله تعالى ويتخرج فيه وجه آخر بالرجوع في النصف بزيادته ويرد قيمة الزيادة كما في الفسخ بالعيب على ما تقدم. وهذا إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها. وإن لم يمكن فهو شريك بقيمة النصف يوم الاصداق (ومنها) إذا اشترى قصيلاً بشرط القطع فتركه حتى سنبل واشتد أو ثمر أو لم يبد صلاحه بشرط القطع فتركه حتى بدا صلاحه فهل يبطل البيع بذلك أم لا فيه روايتان: أشهرهما أنه يبطل وهو اختيار الحرقى وأبى بكر وابن أبى موسى والقاضى والاكثرين وللبطلان مأخذان أحدهما أن تأخير محرم لحق الله تعالى فابطل البيع كتأخير القبض في الربويات ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة ويبيعها قبل بدو صلاحها وهو محرم، ووسائل المحرم ممنوعة وبهذا علل أحمد في رواية أبى طالب: والمأخذ الثاني أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فيبطل به البيع كما لو تلف فإن تلقه في هذه الحال يبطل البيع لضمانه على البائع فعلى المأخذ الأول لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبى طالب وظاهر كلام الحرقى، ويكون تأخره إلى ما قبل ذلك جائزاً وقد نص أحمد في رواية الحسن بن بواب على أنه إذا أخره حتى تلف بعاهة قبل صلاحه أنه من ضمان البائع معللاً بأن هذا نشأ في ملك البائع ونخله ولها علل بانفصاله لملك البائع علم أن البيع لم يكن منفسخاً قبل تلفه وكان التأخير تفريطاً ولو كان المشتري رطبة أو ما أشبهها من المعناعات والهندبا أو صوفاً على ظهر فتركها حتى طالت لم يفسخ البيع لأنه لا ينهى في بيع هذه الأشياء وهذه طريقة القاضى في المجرد: وعلى المأخذ الثاني

يطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين الا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة كاليوم واليومين ونص على ذلك أحمد في رواية أحمد بن سعيد ولا فرق بين الثمر والزرع وغيرهما من الرطبة والبقول والصوفة وهي طريقة أبي بكر عبد العزيز والقاضي في خلافه وصاحب المغنى وبمثل ذلك أجاب أبو الحسن الجزري فيمن اشترى خشبا ليقطعه فتركه حتى اشتد وغلظ ان البيع يفسخ ومتى تلف بجائحة بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشتري وهو مصرح به في المجرد والمغنى وتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بغير اشكال واما على الاول فيحتمل ان يكون على المشتري لان ملكه انما يفسخ بعد بدو الصلاح وفي تلك الحال تجب الزكاة فلا تسقط بمقارنته الفسخ على رأى من يرى جواز اقتران الحكم ومآله كما سبق، ويحتمل أن يكون على البائع ثم يذكر الاصحاب فيه خلافا لان الفسخ يبدو الصلاح استند الى سبب سابق عليه وهو تاخير القطع وقد يقال يبدو الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التأخير ونقل أبو طالب عن أحمد فيما اذا تركه حتى صار شعيرا إن اراد حيلة فسد البيع فمن الاصحاب من جعل هذه رواية ثالثة بالباطلان مع قصد التحيل على شراء الزرع قبل استناده للتبعية (١) كابن عقيل في التذكرة ومنهم من قال بل متى تعمد الحيلة فسد البيع من أصله ولم ينعقد بغير خلاف، وإنما الخلاف فيما إذا لم يقصد الحيلة ثم تركه حتى بدا صلاحه كصاحب المغنى. ومنهم من قال قصد الحيلة إنما يؤثر في الاثم لا في الفساد وعدمه وهي طريقة القاضي، وإذا تقرر هذا فالزيادة إنما تعلم باختلاف القيمة لعدم تمييزها في نفسها وهي تفاوت ما بين القيمة يوم الشراء وبعد الزيادة الحادثة [بعده]، كذلك قال القاضي في المجرد ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور على ما سيأتى، وهو متمش على المأخذ الثانى في الانفساخ بمجرد الزيادة بعد العقد. وأما على المأخذ الاول فالزيادة هي تفاوت ما بين القيمة قبل بدو الصلاح وبعده لأنه لم يزل عنه ملك المشتري وقت ظهور الصلاح، وبذلك جزم في الكافي وحكاها في المغنى احتمالا عن القاضي، وبقي الكلام في حكم الزيادة على الروايتين أما على رواية الانفساخ ففيها روايتان : احدهما أنها للبائع وهي اختيار ابن أبي موسى والقاضي ونقلها أبو طالب وغيره عن أحمد لأن البيع متى انفسخ يعود الى بائعه بنمائه المنفصل كسمن العبد ونحوه بل هنا أولى لأنه نماء من يتيقنه في ملكه فحقه فيه أقوى ، والثانية يتصدقان بها مع فساد البيع قال القاضي في المجرد والروايتين نقلها حنبل قال وهي محمولة عندى على الاستحباب بوقوع الخلاف في صحة العقد وفساده ومستحق النماء فاستحب الصدقة به وأنكر الشيخ مجد الدين ثبوت هذه الرواية وقال هي سهو من القاضي، قال وإنما ذكرها القاضي في خلافه

مستدلاً بها على الصحة فأما مع الفساد فلا وجه لهذا القول، وأما ابن أبي موسى فقال وعنه يتصدق البائع بالفضل لأنه نماء في غير ملكه، وهذا التعليل يرد عليه الزيادة في المردود بالعيب ونحوه، لكن المراد أن هذه الزيادة عادت إليه لانفساخ العقد على وجه منهي عنه في الشرع بخلاف الرد بالعيب ثم حكى رواية ثالثة باشتراك البائع والمشتري في الزيادة، وهذه الرواية ترجع الى القول بأن الزيادة المتصلة لا تتبع في الفسخ بل تبقى على ملك المشتري، وإنما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه وملك المشتري ولولا ذلك لانفرد بها المشتري وخص ابن أبي موسى هذا الخلاف بالثمار، فأما الزرع فلم يذكر فيه خلافاً [الا] أن الزيادة البائع وأما على رواية الصحة ففي حكم الزيادة ثلاث روايات أحدها أنهما يشتركان بينهما [فيها]، نقلها أحمد بن سعيد لحدوثها على ملكيها كما سبق وحملها القاضي على الاستحباب ولا يصح، وبالاشتراك أجاب أبو حفص البرمكي فيمن اشترى [خشباً] للقطع فتركه حتى اشتد وغلظ، والثانية يتصدقان بها واخذها القاضي في خلافه من رواية حنبل وتلك قد صرح فيها أحمد بفساد البيع على ما حكاه القاضي أيضاً في المجرد و[كتاب] الروايتين ثم قال وهذا عندي على الاستحباب المنهي عن ربح مالم يضمن وهذا لم يضمن على المشتري فكره له ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري، وكذلك مال صاحب المغنى الى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الامر في مستحقها، ولحدوثها بجهة محظورة ويشبه هذه الرواية ما نص عليه أحمد في ربح مال المضاربة اذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله في ربح مالم يضمن والرواية الثالثة أن الزيادة كلها للبائع نقلها القاضي في خلافه في مسألة زرع الغاصب، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلاً فتركه حتى سدنل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فان كان فيه فضل كان للبائع صاحب الارض قيل له وكذلك النخل اذا اشتراه ليقلعه فطلع قال كذلك في النخل فان كان فيه زيادة فمواصاحب الارض البائع، ووجهه القاضي بأن الزيادة من [نماء] ملك البائع فهي كالربح في المال المغصوب فانه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلغى تصرفه فيه لكونه محظوراً كذلك ههنا ويمكن ان يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب انما له آثار عمل فألغيت وههنا للمشتري عين مال نمت فكيف يسقط حقه من نمائها، ويجاب عنه بأن المشتري إنما يستحق بالمقد ما وقع عليه العقد من الثمرة وما زاد على ذلك فلا حقه فيه وهذا الباع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده. وحمل القاضي قول أحمد ههنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها، وقال الشيخ مجد الدين ويحتمل عندي ان

(٢١ - قواعد)

يقال بان زيادة الثمرة في صفتها للمشتري وما طال من الجرة للبائع لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جزما اشتراه لأمكن وجودها ويكون للبائع ، فكذلك إذا لم تجز انتهى واختار القاضى خلاف هذا كله وأن الزيادة كلها للمشتري مع صحة العقد وللبائع مع فسادها ولم يثبت في كتاب الروايتين في المذهب في هذا خلافاً ، وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لمنصوص احمد وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق ازالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ولو قال مع ذلك بوجوب الاجرة للبائع الى حين القطع لكان أقرب كما أفنى به ابن بطه فيمن اشترى خشباً للقطع فتركه في أرض البائع حتى غلظ واشتد أنه يكون بزيادته للمشتري وعليه لصاحب الأرض اجرة أرضه للمدة التي تركها فيه وأخذ من غرس الغاصب ولكن تبقى الشجر في الأرض له أجرة معتبرة وللمالك الزرع فاما تبقى الثمر على رؤوس الشجر فلا يستحق له أجرة بحال ذكره القاضى في التفليس وحكم العرايا إذا تركت في رؤوس النخل [حتى أثمرت] حكم الثمر إذا ترك حتى يبدو صلاحه عند القاضى وأكثر الأصحاب ، ومنهم من لم يحك خلافاً في البطلان في العرية بخلاف الثمر والزرع كالحلوانى وابنه ويفرق بينهما بان يبيع العرايا رخصة مستثناة من المزابنة المحرمة شرعت للحاجة الى أكل الرطب وشراؤه بالثمن فإذا (١) ترك حتى صار تمرأ فقد زال المعنى الذى شرعت لاجله الرخصة وصار يبيع تمر بتمر فلم يصح الا بتعيين (٢) المساواة والله أعلم . وأما العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره فلم يكن موجوداً حين الايجاب أو ما يقوم مقامه فن ذلك الموصى به إذا نما منفصلاً (٣) بعد الموت وقبل القبول فانه يتبع العين اذا احتمل الثالث ذكره صاحب المغنى ، وقال صاحب المحرر ان قلنا لا ينتقل الملك الا من حين القبول فالزيادة محسوبة كذلك عليه من الثالث ، وان قلنا ثبتت من حين الموت فالزيادة له غير محسوبة عليه من التركة لأنها نماء ملكه ومنه الشقص المشفوع اذا كان فيه شجر فنمى قبل الاخذ بالشفعة فانه يأخذه بنمائه بالثمن الذى وقع عليه العقد ولاشئ عليه في الزيادة وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع فنمى وقلنا يتبع في الشفعة كما هو أحد الوجهين فيهما ولو تابى الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ثم أخذه الشفيع ففى تبعيته وجهاً لتعاق حقه بالطلع ونمائه (ومنه) لو اشترى رجل من أهل الحرب ما استولوا عليه من مال مسلم ثم نمى عند المشتري نماءً منفصلاً (٤) حتى زادت قيمته فانه يأخذه بالثمن الذى اشتراه به ولاشئ عليه لازيادة فنص عليه أحمد في رواية منها ، وأما تبعية النماء في عقود التوثيق فانه يتبع في الرهن وأموال الزكاة والجاني في التركة المتعلقة

(١) في ٧١١ بالتمر (٢) وفيها : يتيقن (٣) ، (٤) وفيها : متصلاً

بها حقوق الغرماء، وإن قيل بانتقالها إلى الورثة لأن التعلق فيها إما تعاقد رهن أو جناية والنماء المتصل تابع فيهما صرح القاضي وابن عقيل بذلك كله متفرقا في كلامهما، وأما عقود الضمان فتتبع في الغصب على ظاهر المذهب وحكى ابن أبي موسى فيه رواية أخرى أنه لا يتبع ولا يكون النماء المتصل الحادث في يد الغاصب مضمونا إذا رد الأصل كما قبضه وقياسه العارية لأن الانتفاع حاصل به فيصير حكمه حكم الأصل كنهاء العين المستأجرة وتتبع أيضا في الصيد الذي في يد المحرم وفي نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان معرفان

﴿ القاعدة الثانية والثمانون ﴾

والنماء المنفصل تارة يكون متولدا من عين الذات كالولد والطلع والصوف واللبن والبيض وتارة يكون متولدا من غيرها واستحق بسبب العين كالمر والارش والحقوق المتعلقة بالاعيان ثلاثة : عقود فسخ وحقوق يتعلّق بغير فسخ ولا عقد فاما العقود فاما حالتان احدهما [أن ترد] على الاعيان بعد وجود نمائها المنفصل فلا يتبعها النماء وسواء كان من العين أو غيرها الا ما كان متولدا من العين في حال اتصاله بها واستتاره وتعيبه فيها باصل الخلقة فانه يدخل تبعا كالولد واللبن والبيض والطلع غير المؤبر او كان ملازما للعين لا يفارقها عادة كالشعر والصوف فانها تلحق بالمتصل في استتباع العين وفي المجرد والفصول وجه في الرهن انه لا يدخل فيه صوف الحيوان ولبنه ولا ورق الشجر المقصود وهو بعيد، أما المنفصل البائن فلا يتبع بغير خلاف الا في التدبير فان في استتباع الاولاد فيه روايتين، والحالة الثانية ان يحدث النماء بعد ورود العقد على العين فينقسم العقد الى تملك [وغيره] . وأما عقود التمليكات المنجزة فماورد منها على العين والمنفعة بعوض أو غيره فانه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره كالبيع والهبة والعق وعوضه وعوض الخلع والكتابة والاجارة والصدّاق وغيرها وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة المبيع فلا يتبع فيه النماء من غير العين، وفي استتباع الاولاد وجهان بناء على أن الولد جزء أو كسب وما ورد فيها على المنفعة المجردة فان عم المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة تتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها الا الولد فان فيه وجهين مصرح بهما في الوقف ومخرجان في غيره بناء على انه جزء أو كسب وفي ارش الجناية على الطرف بالاتلاف احتمالا من كوران في الترغيب هل هو للوقف عليه كالفوائد أو يشتري به شقص يكون وفقا كبذل الجملة فان كانت الجناية بغير اتلاف فالارش للوقوف عليه

وجها واحدا وان كان العقد على منفعة خاصة لا تتأبد كالأجارة فلا تتبع فيه شيئا من النماء المنفصل
بغير خلاف وأما عقود غير التملكيات المنجزة فنوعان أحدهما [ما] يؤول الى التملك فيما كان منه لازما
لا يستقل العاقد (١) أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها
ويندرج في ذلك صور :

(منها) المكاتبه فيملك اكتسابها ويتبعها أولادها بمجرد العقد (ومنها) المكاتب يملك
اكتسابه ويتبعه أولاده من أمته كما يتبع الحر ولده من أمته ولا يتبعه ولده من أمة لغيره
(ومنها) الموصى بعته إذا كسب بعد الموت وقبل اعتناق الورثة فإن كسبه له ذكره
القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر لأن اعتاقه واجب لحق الله تعالى ولا يتوقف على قبول فهو
كالعتق بخلاف الوصية لمعين وقال صاحب المغنى في آخر باب العتق كسبه للورثة كأم الولد ولكن
يمكن التفريق بينهما بأن أم الولد مملوكة لسيدها والموصى بعته غير مملوك للورثة لأن الوصية تمنع
انتقاله اليهم ، وإذا قيل هو على ملك الميت فهو ملك تقديرى لا يمنع من استحقاق الكسب فلو كان
أمة فولدت قبل العتق وبعد الموت تبعها الولد كأم الولد هذا هو الظاهر ، وقال القاضي في تعليقه
لا يعتق (ومنها) المعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت كمن قال لعبدته ان مت ثم دخلت الدار فانت
حر أو انت حر بعد موتى بسنة وصححنا ذلك فكسبه بين الموت ووجود شرط العتق للورثة ذكره
القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى كأم الولد بخلاف الموصى بعته . لأن ذلك وجب عتقه في الحال
وهذا يتردد في وجود شرط عتقه فإنه قد يجزى الوقت المعين بعد موته وقد لا توجد الصفة حتى ذكر
في المغنى في منع الوارث من التصرف فيه قبل الصفة احتمالين وصرح صاحب المستوعب بأنه
باق على حكم ملك الميت لا ينتقل الى الورثة كالموصى بعته . وعلى هذا فيتوجه أن كسبه له وما قيل
من احتمال موته قبل الصفة معارض باحتمال موت الموصى بعته قبل العتق ، وأما ان كانت أمة
وولدت بعد الموت فهو تابع لها كأم الولد صرح به القاضي وابن عقيل وهو متوجه سواء قيل
إن هذا العقد تدبير كقول ابن أبي موسى والقاضي في خلافه أو قيل إنه تعليق كقول القاضي
في المجرد وابن عقيل فإنه تعليق لازم مستقر لا يمكن إبطاله فهو كالكتابة ، وهذا يشهد لما ذكرنا
من تبعية الولد في التي قبلها (ومنها) الموصى بوقعه إذا نى بعد الموت وقبل إيقافه فافق الشيخ تقي
الدين أنه يصرف منصرف الوقف لأن نماءه قبل الوقف كنمائه بعده (ومنها) (٢) ما نقل يعقوب بن
بختان وإبراهيم بن هاني عن أحمد فيمن جعل مالا في وجوه البر فاتجر به الوصي قال ان ربح

(١) في نسختنا العقد (٢) هذه الفقرة ليست في نسختي الدار

جعل ربحه مع المال فيها أوصى به وإن خسر كان ضامنا ، فهذا إن كان مراده إذا وصى بشفقة عين المال فواضح وإن كان وصى أن يشتري فيما ينمو ويوقف أو يتصدق بنمائه كان مخالفا لما أفتى به الشيخ (ومنها) الموصى به لمعين يقف على قبوله إذا نوى بعد الموت وقبل القبول نماء منفصلا فينبى على أن الملك قبل القبول هل هو للوارث أو للميت أو للموصى له ، وفيه ثلاثة أوجه فإن قيل إنه للوارث فهو مختص بنمائه وإن قيل هو على ملك الميت فنمائه من التركة وإن قيل إنه للموصى له بمعنى أنا تبين بقبوله ملكه بالموت أو قيل إنه لا يتوقف ملكه على قبول فنمائه كله للموصى له (ومنها) النذر والصدقة والوقف إذا لزم في عين لم يجز لمن أخرجها عن ملكه أنه يشتري شيئا من نتاجها نص عليه أحمد في الصدقة والوقف في رواية حنبل . ولو اشترى عبدا فاعتقه ثم بان به عيب فاخذ أرشه فهل يملك لنفسه أو يجب عليه صرفه في الرقاب على روايتين ، وخص القاضي الروايتين بالعتق عن الواجب إذا كان العيب يمنع الأجزاء إلحاقا للارش بالولا ، ولو اشترى شاة فوجبها أضحية ثم أصاب بها عيبا فاخذ أرشه اشترى به أضحية فإن لم يمكن تصديق به ذكره القاضي وفرق بينه وبين العتق بأن القصد من العتق تكميل أحكام العبد وقد حصل والقصد من الأضحية إيصال لحمها إلى المساكين فإذا كان فيه عيب دخل الضرر عليهم فوجب رد أرشه عليهم جبرا [وتكميلا] لحقهم وفي الكافي احتمال آخر أن الارش له كفاي العتق وأما الهدى والأضاحي إذا تعين فإن قيل إن ماكه لا يزول بالتعيين كقول القاضي والاكثرين فهو من هذا النوع وإن جاز إبداله لأن إبداله نقل للحق لا إسقاط له كالوقف ويتبعه نمائه منه كالولد فإذا ولدت الأضحية ذبح معها ولدها وهل يكون أضحية بطريق التبعية أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما هو أضحية قاله في المغنى فيجوز أن يأكل منه كامه والثاني ليس بأضحية قاله ابن عقيل قال وإن تصدق به صحيحا فهل يجزى ؟ فيه احتمالان لتردده بين الصدقة المطلقة وبين أن يحذى به حذو الام والاشبه بكلام أحمد أنه أضحية فإنه قال في رواية ابن مشيش يذبحها وولدها عن سبعة وقال في رواية ابن منصور يبدأ بإيهما شاء في الذبح وأنكر قول من قال لا يبدأ إلا بالأم وعلى هذا فهل يصير الولد تابعا لأمه أو مستقلا بنفسه حتى لو باع أمه أو عابت وقتلنا يرد إلى ملكه فهل يرجع ولدها معها على وجهين ذكرهما في المغنى ولا فرق بين أن يعين ابتداء أو عن واجب في الذمة على الصحيح وفيه وجه آخر أن المعينة عما في الذمة لا يتبعها ولدها لأن الواجب في الذمة واحد والصحيح الأول لأنها بالتعيين صارت كالمعينة ابتداء وأما اللبن فيجوز شربه ما لم يعجنها للنص ولأن الأكل من لحمها جائز فيجوز الانتفاع بغيره من منافعها ومن درها وظهرهما فاما الصوف فنص أحمد على كراهة جزه إلا أن يطول ويكون جزه

نفعا لها ، قال الأصحاب ويتصدق به وفرقوا بين الصوف واللبن بأن الصوف كان موجودا حال
ايجابها فورد الايجاب عليه واللبن يتجدد شيئا بعد شيء فهو كمنفعة ظهرها ، وقال القاضي في المجرد
ويستحب له الصدقة بالشعر وله الانتفاع به وذكر ابن الزاغوني أن اللبن والصوف لا يدخلان في
الايجاب وله الانتفاع بهما اذا لم يضر بالهدى وكذلك قال صاحب التلخيص في اللبن ولو فارق رجل
عين الهدى المعين ابتداء أخذ منه أرشه وتصدق به ذكره القاضي في خلافه وان قيل بزوال ملكه
بالتعيين كقول أبي الخطاب فهو من قسم التمليكات المنجزة كالعتق والوقف وان جاز الانتفاع
ببعض منافعه كمن وقف مسجدا فانه ينتفع به مع جملة المسلمين وأما ما كان منها غير لازم وهو
[١٥] يملك العاقد ابطاله إما بالقول او تمنع نفوذ الحق المتعلق به بإزالة الملك من غير وجواب ابدال
فلا يتبع فيه النماء من غير عينه ، وفي استتباع الولد خلاف ، ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المدبرة فانه يتبعها ولدها على المذهب المشهور وعنه رواية أخرى لا يتبعها رزعم أبو الخطاب
في انتصاره أن هذا الخلاف نزل على أن التدبير هل هو لازم ام لا . فان قيل بازومه تبع الولد والا
لم يتبع وابي اكثر الأصحاب ذلك وعلى القول بالتبعية قال الا كثرون يكون مدبرا بنفسه لا بطريق
التبع بخلاف ولد المكاتبه وقد نص احمد في رواية ابن منصور على أن الأم لو عتقت في حياة السيد
لم يعتق الولد حتى يموت وعلى هذا لو رجع في تدبير الأم وقتلناه ذلك بقي الولد مدبرا هذا قول
القاضي وابن عقيل ، وقال أبو بكر في التنبيه بل هو تابع محض لها ان عتقت عتق وان رقت رقت
وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضا (ومنها) المعلق عتقها بصفة اذا حملت وولدت بين التعليق
ورجود الصفة ففي عتقه معها وجهان معروفان ولو لم توجد الصفة في الأم لم يعتق ولو وجدت فيه
الصفة لأنه تابع محض (ومنها) الموصى بعتقها او وقفها اذا ولدت قبل موت الموصى لم يتبعها ذكره
القاضي في الموصى بعتقها وتياسه الأخرى ويحتمل أن تنفع في الوصية بالوقف بناء على أن الغلب
فيه شوب التحرير دون التمليك (ومنها) المعلق وقفها بالموت إن قلنا هو لازم وهو ظاهر كلام
أحمد من رواية الميموني [صارت كالمستوادة فينبغي أن يتبعها ولدها وان قلنا ليس بلازم وكلام احمد
في آخر رواية الميموني] (١) يشعر به حيث قال ان كان تناول وشبهه بالمدير يعني أنه يتبعه فهل يتبعها الولد
كالمدير أولا ينبع لأن الوقف تغلب فيه شائبة التمليك فهو كالموصى به ويحتمل وجهين .

النوع الثاني عقود موضوعة لغير تملك العين فلا يملك بها النماء بغير اشكال اذا الاصل لا يملك
فالفرع أولى ولكن هل يكون النماء تابعا لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضمونا ام غير

(١) الزيادة عن نسختي الدار

مضمون فان كان العقد وارداً على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل ، وان كان غير لازم او لازماً ولكنه معقود على المنفعة من غير تايد او على ما في الذمة فلا يكون النماء داخل في العقد وهل يكون تابعاً للأصل في الضمان وعدمه فيه وجهان أحدهما : أنه تابع له فيها . والثاني ان شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان او الائتمان تبعه والا فلا ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المرهون فنهاؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولداً من عينه كالثمره والولداً من كسبه كالأجرة أو بدلاً عنه كالارث وهو داخل معه في عقد الرهن فتملك الوكيل في بيع الرهن ببيعته معه وان كان حادثاً بعد العقد والتوكيل (ومنها) الاجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يازمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي لأنها غير داخله فيه بخلاف ما اذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فان عليها رعي سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الاطلاق ذكره القاضي في المجرى (ومنها) المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له امساكه بغير استئذان مالكه تبعاً لأصله جعلاً للاذن في امساكه أصله اذن في امساكه نمائه ام لا كمن أطارت الريح الى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين (ومنها) الوديعة هل يكون نمائها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار الى داره على الوجهين أيضاً (ومنها) العارية لا يرد عقد الاعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله ام لا على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن أحدهما هو مضمون لأنه تابع لأصله والثاني ليس بمضمون لأن أصله انما ضمن لامساكه للانتفاع به [في باب الرهن] والنماء بمسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة وقال في كتاب الغصب ان في ولد العارية وجباً واحداً (ومنها) المقبوضة على وجه السوم اذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله ان قلناه هو مضمون فالولد مضمون والا فلا ويمكن ان يخرج فيه وجه آخر انه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه انما ضمننت لقبضها بسبب الضمان والتملك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح الى ملكه (ومنها) المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط الضمان بانه انما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه الأجرة (ومنها) الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق باولادهن شيء من هذه الأحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرى وابن عقيل واختار القاضي في خلافه ان ولد الضامنة يتبعها ويبيع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعلق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجناية فلا

يسرى (ومنها) لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان فاكل من لبنه أو يبيعه لم يحنث لان العقد لم يتعلق ذكره القاضي في خلافه فان العيب ليس لازمة بل يخير الحالف بين التزامها وبين الحنث فيها وتكفيرها [وهذا] بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فانه يحنث باكل لبنها لانه لا يؤكل منها في الحياة عادة الا اللبن فاما تاجها ففيه نظر .

(فصل) هذا حكم النماء في العقود وأما في الفسوخ فلا تتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف ، وأما المتولد من العين ففى تبعيته فيها روايتان في الجملة ترجعان الى ان الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه والاصح عدم الاستتباع ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقلنا الرجوع بها فانه يرجع بها وهل يرجع بزيادتها المتصلة على وجهين اظهرهما لا يرجع والثاني يرجع واختاره القاضي في خلافه (ومنها) المبيع في مدة الخيار اذا نمت نماء منفصلاً ثم فسخ البيع هل يرجع به البائع ام لاخرجه طائفة من اصحاب كصاحب التلخيص والمستوعب على وجهين كالفسخ بالعيب ، وقد ذكر القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده ان الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله لانه لم يرض فيه بلزوم البيع بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه فعلى هذا يرجع بالنماء المنفصل في الخيار بخلاف العيب (ومنها) الاقالة اذا قلنا هي فسخ فالنماء للمشتري ذكره القاضي في خلافه ، ويتخرج فيه وجه آخر انه يرد مع أصله حكاه ابو البركات في تعليقه عن القاضي في خلافه ايضاً (ومنها) الرد بالعيب وفي رد النماء فيه روايتان اشهرهما انه لا يرد كالكسب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً يدل على أن اللبن وحده يرد عوضه لحديث المصراة ونقل عنه ابن منصور ايضاً أنه ذكر له قول سفيان في رجل باع ماشية أو شاة فولدت أو انحلا لها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولدان كان أحدث فيهم شيئاً أو كان باع أو استهلك فان كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء ، قال أحمد كما قال وهذا يدل على ان النماء المنفصل يرد مع وجوده ويرد عوضه مع تلفه ان كان تلف بفعل المشتري وان كان تلف بفعل الله تعالى لم يضمن لان المشتري لم يدخل على ضمانه فيكون كالأمانة عنده واما إذا ما انتفع به فانه يستقر الضمان عليه فيرد عوضه كما دل عليه حديث المصراة وكما نقول في المتهب من الغاصب انه اذا انتفع بالموهوب فاتلفه استقر الضمان عليه وحمل القاضي هذه الرواية على أن البائع كان قد دلس العيب وان كان النماء موجوداً حال العقد ولكن المنصوص عن أحمد في المدلس انه يرجع بالثمن وان تلف المبيع الا أن نصه في صورة الباقي وهو تلف بغير فعل المشتري واطلق الاكثرون ذلك من غير تفصيل بين ان يتلف بفعله او بفعل غير لانه سلطه على

إتلافه بتغريره فلا يستقر عليه الضمان كما يرجع المغرور في النكاح بالمهر ، وحكى طائفة من المتأخرين رواية أخرى أنه لا يرجع مع التلف بل يأخذ الأرض ورجحه أبو الخطاب في انتصاره وصاحب المغنى وهذا التفصيل بين أن يكون التلف بانتفاعه أو بفعل الله تعالى كما حمل القاضى عليه رواية ابن منصور أصح ، وهو ظاهر كلام أبي بكر وبذلك أجاب عن حديث المصراة ، وكذلك أجاب القاضى في خلافه . ويمكن أن يقال مثل ذلك في النماء الحادث إذا رد بعيب على القول برده كما حملنا عليه رواية ابن منصور أولا والله أعلم (ومنها) فسخ البائع لافلاس المشتري ، الثمن هل يتبعه النماء المنفصل فيه روايتان: إحداهما يتبع وهى المرجحة عند القاضى في الخلاف وابن عقيل ونص احمد في رواية حنبل فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري رجعت الى الاول لأنها مال البائع وقد استحقها وولدها وهكذا ذكره أبو بكر في التنبيه ، وذكر القاضى في خلافه لفظ هذه الرواية أن احمد ذكر له قول مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري أن الجارية والدابة وولدها للبائع إلا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطوه حقه كاملا ويمسكون ذلك فقال احمد ترجع الى الاول لأنها ماله وهذا لا يدل على غير الرجوع في الجارية أو الدابة . وإنما القائل بالرجوع في الولد مالك (١) وليس في كلام احمد موافقة له وأبو بكر كثيراً ما ينقل كلام احمد بالمعنى الذى يفهمه منه فيقع فيه تغير شديد ووقع له مثل هذا في كتاب زاد المسامر كثيراً مع ان ابن أبي موسى وغيره تأولوا الرجوع بالولد على أنه كان موجوداً في عقد البيع حملاً ، واختاره ابن حامد أنها للمالك لأنها نمت في ملكه وهو ظاهر كلام الحرقى وكذلك صححه القاضى في المحرد وابن عقيل في الفصول . (ومنها) اللفظة اذا جاء مالكمها وقد نمت نماء منفصلاً فهل يسترده معها على وجهين خرجها القاضى وابن عقيل من المالك وفرق بينهما صاحب المغنى ويحتمل الرجوع هنا بازياة المنفصلة وحياً واحداً لأن تملكها إنما كان مستنداً الى فقد ربها في الظاهر وقد تبين خلافه فانفسخ الملك من أصله لظهور الخطأ في مستنده ووجب الرجوع بما وجده منها قائماً ، وهذا [هو] الذى ذكره ابن أبي موسى وذكر له أصلاً من كلام احمد في طيرة فرخت عند قوم انهم يردون فراخها (ومنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده اذا كان قد نما منفصلاً هل يسترده معه أم لا فيه وجهان . (ومنها) اذا وهب المريض جميع ماله في مرضه ونمى نماء منفصلاً [ومات] ولم يجز الورثة فذكر القاضى في خلافه أن الموهوب له يملكه بالقض وجاز له التصرف فيه اجماعاً وأما يثبت للورثة حق الفسخ فيما زاد على الثلث واذا جار واسقط حقهم من الفسخ فعلى هذا يتخرج في استرجاع النماء وجهان أظهرهما أن النماء للتهب

(١) في نسختنا : يملك .

الى حين الفسخ نبه على هذا الشيخ مجد الدين والمعروف في المذهب أن الهبة تقع مراعاة فلا يتبين ملكها الا حين خروجها من الثلث عند الموت وان خرج بعضها فله منها مقدار الثلث ويتبعه ثمنه ووالزائد مبنى على الخلاف في الاجازة هل هي تنفيذ أو هي عطية مبتدأة . (ومنها) اذا عاد الصداق أو نصفه الى الزوج قبل الدخول بطلاق أو فسخ وقد نما عند الزوجة ثمن منقلا فهل يرجع بثمنه أو نصفه؟ المذهب أنه لا يرجع به ونص عليه أحمد في رواية أبي داود وصالح ونقل عنه ابن منصور أنه ذكر له قول سفيان في رجل تزوج امرأة على خادمة ثم زوجها غلامه فولدت أولاداً، فطلق امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها قال أحمد جيد واختلاف أصحابنا في معنى هذه الرواية على طريقتين : أحدهما وهو مسلك القاضي أنها تدل على أن الزوجة إنما ملكت بالعقد نصف الصداق فيكون لها نصف ثمنه وجعل قوله وقيمة ولدها مجروراً بالعطف على قوله نصف قيمتها أي ونصف قيمة ولدها . قال وذكر القيمة ههنا تمهول على اتراضى عليها أو على أن المراد نصف الأم ونصف الولد ولم يرد القيمة وهذا المسلك ضعيف جدا أو في تمام النصف ما يبطله وهو قول أحمد فان أعتقها قبل أن يدخل بها لا يجوز عتقها لأنها من حين تزوجها وجبت لها الجارية وهذا تصريح بانها ملكت الأمة كلها بالعقد إذ لولا ذلك لعتق نصفها بالملك وسرى عتقها إلى الباقي مع اليسار وكذلك سلك أبو بكر في زاد المسافر وابن أبي موسى في شريح هذا النص وبنياه على أن المرأة لم تملك بالعقد الا النصف ثم خرج أبو بكر لأحمد فولا آخر في هذه المسئلة على قوله تملك الصداق كله بالعقد ان الأولاد والنماء لها ويرجع بنصف قيمة الأم دون الأولاد يعني الزوج قال وبه أتول وهو اختيار صاحب المغنى أيضا فرارا من التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان واما ابن أبي موسى فانه خرج وجهاً على القول بملك الصداق كله بالعقد أن الولد للمرأة لحدوثه في ملكها ولها نصف قيمة الأم فجعل للزوجة القيمة كفاي نص أحمد وهذا الوجه ضعيف جدا حيث تضمن التفريق بين الأم وولدها بغير العتق ومنع الزوجة من أخذ نصف الأمة وهو اقرب إلى عدم التفريق من أخذ نصف القيمة ، وعند القاضي اذا قيل إن الولد كله له فلزوج نصف قيمة الأم صرح به في المجرد ، وقال في الخلاف يرجع بنصف الأمة والطريق الثاني في معنى الرواية انها تدل على أن النماء المنفصل يرجع به الزوج بالفرقة تبعاً للأصل ، وهذا مسلك جماعة منهم صاحب المحرر لكنه استشكل ايجاب القيمة دون المعين وقال لا أدري هل هو لنقص الولادة أو لغير ذلك فان أحمد جعل للمرأة نصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد لأجل حق الزوج فبطل في نصف الأمة وولدها وليس ذلك بأولى من العكس . وقد يجاب عن ذلك بأن بالطلاق يرجع به نصف الأمة

الى الزوج قهراً كالميراث لأنه باق بعينه لاسيما والأمل ملك القهرية يملك بها ما لا يملك بالعقود الاختيارية فلا يجبر الزوج بعد ذلك على أخذ قيمته بل يتعين تكميل الملك له في الأم والولد حذراً من التفريق المحرم . ويشبه هذا ما قاله الخرقى فيما إذا كان الصداق أرضاً فنبت فيه (١) ثم طلقها قبل الدخول ان الزوج يرجع بنصف الأرض ويتملك عليها البناء الذي فيه بالقيمة لمكان أحد في تمام هذا النص بعينه من رواية ابن منصور ذكر مسألة البناء وصبغ الثوب وقال للزوج نصف القيمة لأنه استهلك ففرق بين أن يكون المرأة وصلت الصداق بما لها على وجه لا يفصل عنه إلا بضرر عليها وبين أن يكون باقياً بعينه ففي الأول يتعين للزوج نصف القيمة لاختلاط المالكين وفي الثاني يرجع بنصف العين لبقائها بحالها وإنما جاء الإجماع على تكميل الملك [للمانع] الشرعي من التفريق ويحتمل عندى فى معنى رواية ابن منصور طريق ثالث وهو أن يكون أراد [أحد] أن للزوجة نصف قيمة الأمة ولها قيمة ولدها كاملة لأن الولد نماء تختص به الزوجة وقد عاد إلى الزوج نصف الأم فيجبر الزوج على أخذ نصف قيمة الأم وقيمة الولد بكاملها حذراً من التفريق ، ولعل هذا أظهر مما قبله والله أعلم . (ومنها) من وجد عين ماله الذى استولى [عليه] الكفار من المغنم قبل القسمة وقد نمت نماء منفصلاً ، فإن قلنا لم يملكه الكفار بالاستيلاء فهو له بنمائه وإن قلنا ملكوه فإنه يرجع فيه وهل يرجع بنمائه يتخرج على وجهين كبائع المفلس لأن حقوق الغائبين متعلقة بالنماء كتعلق حقوق غرماء المفلس بأحواله (٢) وذكر القاضى فى المجرى أنها إذا كانت أمة فوطئها الحربى وولدت منه ان الولد غنيمة لا يرجع به المالك لأنه حدث فى ملك الحربى الواطئ فانهقد حرراً لكن هذا قد يختص باستيلاء المالك لها فان ولده ينعقد حرراً وإنما يطرأ عليه الرق بعد ذلك فلا يكون من نمائها بخلاف ما لو زوجها فولدت من الزوج فإنه يكون من نمائها لانعقاده رقيقاً . وقد سئل أحمد عن عبد المسلم إذا لحق بدار الحرب ثم رجع ومعه من أموالهم فتوقف فى مستحق المال الذى معه ، وقال مرة هو للمسلمين وأنكر أن يكون للسيد وعلل بأن العبد ليس له غنيمة . قال الخلال وهذا هو المذهب لأن العبد لا غنيمة له وحمله القاضى على أن ما يأخذه الواحد من دار الحرب يكون فيئاً قال : وأما ان قلنا هو لأخذه فهو هنا للسيد فصل وأما الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ فان كانت ملكاً قهرياً فحكمه حكم سائر التملكات . وإن لم تكن ملكاً فان كانت حتماً لازماً لا يمكن إبطاله بوجه كحق الاستيلاء ومضى حكمه الى الأولاد دون الأكساب لبقاء ملك ماله عليه وان كان غير لازم بل يمكن إبطاله إما باختيار

(١) كذا فى الأصل ولعلها نبتت فيها (٢) فى نسختي الدار : بأمواله

المالك او برضى المستحق لم يتبع النماء فيه الاصل بحال وبتخرج على ذلك مسائل :

(منها) الامة الجانية لا يتعلق الجناية بأولادها ولا اكسابها لأن حق الجناية ليس بالقوى، ولهذا لم يمنع التصرف عندنا ولأن حق الجناية يتعلق بالجناية لصدور الجناية منها وهذا مفقود في ولدها وكسبها ملك للسيد بخلاف المكاتبه . (ومنها) تركه من عليه دين إذا تعلق بها حق الغرماء بموته فإن قيل هي باقية على حكم ملك الميت تعلق حق الغرماء بالنماء أيضا كالمرهون كذا ذكره القاضى وابن عقيل فى كتاب التسمه وينبغى أن يقال ان قلنا أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن يمنع التصرف فيه فالامر كذلك وان قلنا تعلق جناية لا يمنع التصرف فلا يتعلق بالنماء ، وأما ان قلنا لا تنتقل التركة الى الورثة بمجرد الموت لم تعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ هو تعلق قهرى كالجناية كذا ذكر القاضى وابن عقيل . وخرج الآمدى وصاحب المغنى تعلق الحق بالنماء مع الانتقال أيضا كتعلق الرهن ويقوى هذا على قولنا إن التعلق تعلق رهن وقد يبنى ذلك على أصل آخر وهو أن الدين هل هو باق فى ذمة الميت أو انتقل إلى ذمم الورثة أو هو متعلق بأعيان التركة لا غير وفيه ثلاثة أوجه الاول قول الآمدى وابن عقيل فى الفنون وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الاصحاب فى مسألة ضمان دين الميت ؛ والثانى قول القاضى فى خلافه وأبى الخطاب فى انتصاره وابن عقيل فى موضع آخر [كذلك] قال القاضى فى المجرد لكنه خصه بحالة تأجيل الدين لمطالبة الورثة بالتوثقة والثالث قول ابن أبى موسى فيتوجه على قوله أن لا يتعلق الحقوق بالنماء إذ هو لتعلق الجناية وعلى الأولين يتوجه تعلقها بالنماء كالدين وقد يقال لا يتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ قلنا تنتقل التركة الى الورثة بكل حال إلا أن نقول ان الدين فى ذممهم لأن تبعية النماء فى الرهن انما يحكم به اذا كان النماء ملكا لمن عاينه الحق فاما ان كان ملكا لغيره لم يتبع كما لو رهن المكاتب سيده فان كسبه لا يكون داخلا فى الرهن لأنه على ملك المكاتب فكذلك ينبغى أن يقال فيمن استعار شيئا ليرهنه فرهنه أن النماء لا يدخل فى الرهن لذلك وقد يقال التركة تعلق الحق بها تعلقا قهرىا مع انتقال ملكها الى الورثة فكذلك بماؤها . ويحاج عنه بان التعلق حالة الانتقال انما ثبت بضعف المانع منه حيث اقترن التعلق وممانعه وهو الانتقال ، فاما بعد الانتقال واستقرار الملك فلا يتعلق لسبق المانع واستقراره والله أعلم .

وأما تعلق الضمان بالأعيان للنعدى فيتبع فيه النماء المنفصل إذا كان داخلا تحت اليد العدوانية . فمن ذلك الغصب يضمن فيه النماء المنفصل على المذهب ولم يحك ابن أبى موسى فى ضماها خلافا مع حكايته الخلاف فى المنسل ولا يظهر العرق بينهما فالخبر يرجع متوجه بل قد

يقال ظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور التي ستمناها في الرد بالعيب تدل على عدم الضمان حيث سرى بين ظهور العيب وبين الاستحتماق . (ومنه) الأمانات اذا تعدى فيها ثم نمت فانه يتبعها في الضمان ومنه صيد الحرم والاحرام يضمن ثماؤه المنفصل اذا دخل تحت اليد الحسية وان لم يدخل تحت اليد لكنه هلك بسبب امساك الام ففيه خلاف مشهور

[تنبيه] اضطرب كلام الاصحاب في الطلع والحمل هل هما زيادة منفصلة أو متصلة؟ اما الطلع فلا محاب فيه طرق أحدها أنه زيادة متصلة سواء أبر أو لم يؤبر وبه جزم القاضي وابن عقيل في كتاب الصداق وان الزوج يجبر على قبوله اذا بذلتها الزوجة بكل حال وكذا ذكر صاحب الكافي في كتاب الصداق وجعل كل ثمرة على شجرها زيادة متصلة وصرح القاضي في المجرد في باب الغصب بأن الزيادة المتصلة التي يملك أفرادها كصبغ الثوب وتزويق الدار والمسامير هل يجبر على قبولها يخرج على وجهين أحدهما يجبر وهو قول الخرقي في الصداق . والثاني أنه زيادة منفصلة بكل حال أبر أو لم يؤبر لانه يمكن فصله وافراده بالبيع كذا أطلقه القاضي وابن عقيل أيضا في موضع من التفليس والرد بالعيب وصرح صاحب المغنى بأبدائه احتمالا وحكاه في الكافي عن ابن حامد . الثالث أن المؤبر زيادة منفصلة وغير المؤبر زيادة متصلة صرح به القاضي وابن عقيل أيضا في التفليس والرد بالعيب وذكر أنه منصوص عن احمد اعتبارا بالتبعية في البيع وعدمها . الرابع أن غير المؤبر زيادة متصلة بغير خلاف وفي المؤبر وجهان وهذه طريقة صاحب الترغيب في الصداق . والخامس أن المؤبر زيادة منفصلة وجهها واحد وفي غير المؤبر وجهان واختار ابن حامد أنها منفصلة وهي طريقة الكافي في التفليس : وأما الحمل فقال القاضي وابن عقيل في الصداق هو زيادة متصلة قال القاضي ويجبر الزوج على قبولها اذا بذلتها المرأة وخالفه ابن عقيل في الأدميات لأن الحمل فيمن نقص من جهة وزيادة من جهة بخلاف البهائم فانه فيها زيادة محضة وقال القاضي في التفليس ينبغي على أن الحمل هل له حكم أم لا فان قلنا له حكم فهو زيادة منفصلة والا فهو زيادة متصلة كالسمن وفي التلخيص الاظهر أنه يتبع في الرجوع كما يتبع في البيع والحب اذا صار زرعاً والبيضة اذا صارت فرخاً فكثر الاصحاب على أنها داخلة في النماء المتصل كذلك قال القاضي وابن عقيل في الفليس والغصب وذكر صاحب المغنى وجهها آخر وصححه أنه من باب تغير بما يزيل الاسم لأن الاول استحالة وكذا ابن عقيل في موضع آخر وفي المجرد : ولو حلف لا يأكل بيضة فصارت فروجاً أو حبا فصارت سنبلًا انه لا يحث بأكله لزوال الاسم ، وهذا انما يتوجه على قول ابن عقيل في مسألة تعارض الاسم والتعيين فاما على المشهور فينبغي أن يحث وبه جزم القاضي في خلافه وكما أشار اليه ابن عقيل

في الفصول كما لو حلف لا يأكل هذا الثمر فصار ديباً وقد تفرق في مسألة البيضة ببقاء حلاوة الثمر ولونه في الدبس بخلاف الفروج ولو اشترى بيضة فوجد فيها فروجا فالبيع باطل نص عليه في رواية ابن منصور، وهو يشهد للقول بأن البيض والفروج عيناان متغايران كما إذا تباعا دابة يظنان بأنها حمار فإذا هي فرس، والقصيل إذا صار سنبلا فهو زيادة متصلة وإذا اشتد الحب فليس بعده زيادة لا متصلة ولا منفصلة ذكره القاضي

(القاعدة الثالثة والثمانون)

إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق فإن كان فيه طاع مؤبر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مؤبر تبعه كذا قال القاضي في كتاب التفليس من المجرد وقال سواء كان الانتقال بعوض اختياري كالبيع والصلح والنكاح والخلع أو بعوض قهري كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطاع بغير اختيار الراهن والرجوع في الهبة بشرط الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء كان الانتقال اختياريا كالهبة والصدقة أو غير اختياري كالرجوع في الهبة للأب، وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل الكلي كالبيع سواء وصرح بذلك صاحب الكافي في العقود والفسوخ وأما ابن عقيل فإنه أطلق في الفسخ بالأفلاس والرجوع في الهبة أن الطلع يتبع الأصل ولم يفصل وعلل بأن الفسخ رفع للعقد من أصله وصرح صاحب المغنى في البيع بأن الفسخ يتبع الطلاق فيه أصله سواء أبر أو لم يؤبر لأنه نماء متصل فاشبهه السمن وصرح بدخول الاقالة والفسخ بالعيب في ذلك وهو موافق لكلام الأصحاب في الصداق وقد قدمنا أن صاحب المغنى ذكر احتمالا في الفسخ بالفلس ونحوه أنه لا يتبع فيه الطلع سواء أبر أو لم يؤبر لتمييزه وامكان افراده بالعقد فهو كالمفصل بخلاف السمن ونحوه، وهذا عكس ما ذكره في البيع وهو مع ذلك موافق لاطلاق كثير من الأصحاب أن الثمرة لا ترد مع الأصل بالعيب من غير تفصيل وكذا في الفلس فتحرر من هذا أن العتود كالبيع والصلح والصداق وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن يفرق فيها بين حالة التأبير وعدمه. ونص عليه أحمد في الرهن في رواية محمد بن الحكم إلا أن في الأخذ في الشفعة وجها آخر سبق ذكره أنه يقع فيه المؤبر إذا كان في حال البيع غير مؤبر ولأن الأخذ يستند إلى البيع إذ هو سبب الاستحقاق وأما الفسخ ففيها ثلاثة أوجه: أحدها أن الطلع يتبع فيها مع التأبير وعدمه بناء على أن الطلع زيادة متصلة بكل حال أو على أن الفسخ رفع العقد من أصله: والثاني لا يتبع

بحال بناء على أنه زيادة منفصلة وإن لم يؤثر : والثالث أن كان مؤبراتبع والآخر فلا كالعقود هذا كله على القول بأن النماء المنفصل لا يتبع في الفسوخ ، أما إن قيل بتبعيته فلا إشكال في أن الطلع يتبع سواء أبرأ ولم يؤثر وكذلك إن قيل أن الفسوخ لا يتبع فيها الزيادة المتصلة فإن الطلع لا يتبع فيها بكل حال ، وأما الوصية والوقف فالمنصوص عن أحمد أنه يدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت من غير تفريق بين أن يؤثر أو لا يؤثر نقله عنه أبو بكر بن صدقة في الرجل يوصي بالكرم أو البستان لرجل ثم يموت وفي الكرم حمل فهو للموصي له وقال في رواية محمد بن موسى وسئل عن الرجل يوصي البستان أو الكرم لرجل ثم يموت وفي الكرم أو البستان حمل لمن الحمل ؟ قال إن كان يوم أوصى به له فيه حمل فهو له وأطلق بأنه يدخل في الوصية ولم يفصل وقد توجه ؟ بأن الوصية عقد تبرع لا يستدعي عوضا فدخل فيها كل متصل بخلاف عقود المعاوضات وعلى هذا فالهبة المطلقة كذلك وهو خلاف ما ذكره الأصحاب وكذلك الوقف المنجز وأولى ويحتمل أن يختص ذلك بما فيه معنى القرينة من الوقف والصدقة والوصية ، وأما اعتبار وجوده يوم الوصية مع أن الملك يتراخي إلى ما بعد الموت فلا أن العقد إذا انعقد كان سببا لنقل الملك وإنما تأخر تأثيره إلى حين الموت فإذا وجد الموت استند الملك إلى حال الإيصاء ولهذا لو وصى له بامة حامل ثم مات الموصي له قبل الوضع فالولد للموصي له بغير خلاف ، وسواء قلنا أن للحمل حكما وأنه كالمفصل أم لا وأما أن تجدد مستحق من أهل الوقف وفي النخل طلع فهنا حالتان :

أحدهما أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره . والمنصوص عن أحمد أنه إن حدث استحقاقه بعد التأخير لم يستحق من الثمر شيئا وإن كان قبله استحقاق . قال جعفر بن محمد سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوقف نخلا على ولد قوم وولده مات والدوا ثم ولد مولود قال إن كان النخل أبرفليس له في ذلك شيء وهو ملك الأول وإن لم يكن أبر فهو معهم وكذلك الزرع إذا باع الحصاد فليس له شيء وإن كان لم يباع الحصاد فله فيه ، وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره ههنا منهم ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه معالين بتبعية غير المؤبر في العقد فكذا في الاستحقاق وعلى بعض الأصحاب بأن غير المؤبر في حكم المعدوم لاستتاره وكونه والمؤبر في حكم الموجود لبروزه وظهوره وهو شبيه بقول من يقول إن الحمل ليس له حكم مالم يظهر

الحالة الثانية أن يخرج بعض أهل الاستحقاق لموت أو غيره وينتقل نصيبه إلى غيره قال يعقوب ابن بختان سئل أحمد عن رجل مات فقال ضيعتي التي بالثغر لما إلى الذين بالثغر وضيعتي التي ببغداد لما إلى الذين ببغداد وأولادهم فلن بالثغر أن يأخذوا من هذه الضبعة التي ههنا ؟ قال لا لقد أفرد هذه من هذه

فقبل له فقدم بعض من الثغر الى ههنا وخرج من ههنا بعضهم الى ثم وقد أبرت النخل ألهم فيها شيء ؟ قال لا . فقبل فان ولد لأحدهم ولد بعد ما أبرت فقال وهذا أيضا شبيه بهذا كأنه رأى ما كان قبل التأبير جائزا أو كما قال وهذا موافق لنصه السابق في أن تجدد المستحق للوقف بعد التأبير لا يقتضى استحقاقه منه وأما خروج الخارج من البلد فلم يشمل جوابه وانقطاع حق المستحق بموته أو زوال صفة الاستحقاق شبيه بانفساخ العقد المزيل للملك قهرا وقد سبق الخلاف فيه لاسيما على قولنا ان الوقف ملك للوقوف عليه فيصير مرته كأنفساخ ملكه في الاصل فيخرج في تبعية الطالع الخلاف السابق فان قيل بالفريق بين ما قبل التأبير وبعده فلان الطالع اذا لم يؤبر في حكم الحل في البطن واللبن في الضرع فلا يكون له حكم بملك ولا غيره حتى يظهر . وإن سلم أن له حكما بالملك فالمستحق الحادث لما شارك في غير المؤبر مع ظهوره على ملك الاول دل على أن ملكهم لم يستقر عليه بخلاف المؤبر فان ملكهم استقر عليه فمن زال استحقاقه قبل اسقرار الملك سقط حقه

(فصل) هذا كله في حكم ثمر النخل فاما غيره من الشجر فما كان له كمام تفتح فيظهر ثمرة كالقطن فهو كالطالع وألحق أصحابنا به الزهور التي تخرج منضمة ثم تفتح كالورد والياسمين والبنفسج والدرجس وفيه نظر : فان هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لها كقشر الرمان وظهوره ظهور الثمرة بخلاف الطالع فانه وعاء للثمرة وكلام الخرقى يدل على ذلك حيث قال وكذلك بيع الشجر اذا كان فيه ثمر باد وبدو الورد ونحوه ظهوره من شجره وانما كان مضما وللاصحاب وجهان في الورق المفصود كورق التوت هل يعتبر بفتحه كالثمر أو يتبع الاصل لمجرد ظهوره وهذه الزهور بمعناه ومنه ما يظهر نوره ثم يتناثر فيظهر ثمرة كالتفاح والشمس وفيه ثلاثه أوجه أحدها إن تنثر نوره فهو للبائع والا فلا وبه جزم القاضى في خلافه لأن ظهور ثمرة يتوقف على تنثر نوره والثاني أنه بظهور نوره للبائع ذكره القاضى احتمالا جعله للنور كما في الطاع لان الطالع ليس هو دين الثمرة بل هي مستترة فيه فتكبر في جوفه ونظام حتى يصير تلك في طرفها وهي فمع الرطبة والثالث للبائع بظهور الثمرة وإن لم يتناثر النور كما اذا كبر بل انتاره وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار صاحب المغنى وهو أصح ، وقياس ما في بطن الصلع على النور لا يصح لأن النور يتناثر وما في جوف الطالع ينمو ويتزايد حتى يصير ثمراً (ومنه) ما يظهر ثمرة من غير نور فهو للبائع بظهوره سواء كان له قشر يبقى فيه الى أكله كالرمان والموز أوله قشران كالجوز واللوز أولا قشر له كالتين والتوت وقال القاضى ماله قشران لا يكون للبائع الا بتشقق قشره الأعلى . ورده صاحب المغنى بان تشققه في شجره اذرو تشققه قبل كماله يفسده

بخلاف الطلع وفي المبيع الاعتبار بانعقاد له فان لم ينعقد تبع أصله والا فلا، وأما الزرع الظاهر في الأرض اذا انتقل الملك فيها بالمبيع ونحوه فهو للبائع لأنه ليس من أجزاء الأرض وإنما هو مودع فيها فأشبه الثمرة المؤبرة قال في المغنى : لأعلم فيه خلافاً وفي المبيع للشيرازي ان كان الزرع بدا صلاحه لم يتبع وإن لم يبدأ صلاحه على وجهين فان قلنا لا يتبع أخذ البائع بقطعه الا أن يستأجر الأرض من المشتري الى حين ادراكه ، وأما اذا بدا صلاحه فانه يبقى في الأرض من غير أجره الى حين حصاده، وهذا غريب جداً مخالف [لما] عليه الاصحاب مع أن كلام أحمد في استحقاق الوقف يشهد له حيث قال إن ولد مولود من أهل الوقف قبل أن يبلغ الحصاد استحق والى لم يستحق لأنه قد انتهى نموه وزيادته يبلوغه للحصاد ، وهكذا قال ابن أبي موسى لكنه عبر بالاستحصاد وعدمه وأما صاحب المغنى فقال ما كان من الزرع لا يتبع الأرض في البيع فلا حق فيه للمتجدد لأنه كالثمر المؤبر ، وأما ما كان يتبع في البيع وهو مالم يظهر بما يتكرر حمله من الرطبات والخضروات فيستحق فيه المتجدد وقياس المنصوص في الزرع أن يستحق المتجدد في الوقف من الثمر حتى يبدو صلاحه ويجوز بيعه مطلقاً ولكن أحمد فرق بينهما كما تقدم فاعتبر في الزرع بلوغ الحصاد وفي الثمر التأخير ونصه مع ذلك في استحقاق الموصى له بالشجر المثمر الموجود فيه حال الوصية من غير تفريق بين أن يبدو صلاحه أولاً يبدو مشكلاً ، وأفنى الشيخ تقي الدين بأن الثمر انما يستحقه من بدء الصلاح في زمن استحقاقه حتى لو مات البطن الاول وقد أطلع الثمر بعلمه ثم بدا صلاحه بعد موته فانه يكون للبطن الثاني ، وقال في شجر الجوز الموقوف إنه ان أدرك أو ان قطعه في حياة البطن الاول فهو له فان مات وبقي في الأرض مدة حتى زاد كانت الزيادة حادثة في منفعة الأرض التي للبطن الثاني ، ومن الاصل الذي لورثة الاول فاما ان تقسم الزيادة بينهما على قدر القيمتين وإما أن تعطى الورثة أجره الأرض للبطن الثاني وان غرسه البطن الاول من مال الواقف (١) ولم يدرك الا بعد انتقاله الى البطن الثاني فهو لهم وليس لورثة الاول فيه شيء. واعلم أن ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه هنا انما هو اذا كان استحقاقه بصفة محضة مثل كونه ولداً أو فقيراً أو نحوه ، أما اذا كان استحقاق الوقف عوضاً عن عمل وكان المخل كالأجرة يبسط على جميع السنة كالمقاسمة القائمة مقام الأجرة أو ان كان استغلال الأرض لجهة الوقف من ماله فانه يستحق كل من اتصف بصفة الاستحقاق في ذلك العام منه حتى من مات في أثناءه استحق بقسطه وان لم يكن الزرع قد وجد حتى لو تأخر ادراك ذلك العام

(١) في نسختي الدار الوقف

الى اثناء العام الذى بعده لم يستحق منه من تجدد استحقاقه فى عام الادراك واستحق منه من مات فى العام الذى قبله وبنحو ذلك أفق الشيخ تقى الدين رحمه الله (١) وأفق الشيخ شمس الدين بن أبى عمر بأن الاعتناء فى ذلك بسنة المغل دون السنة الهلالية فى جماعة مقرين فى نزيه حصل لهم حاصل من قرينهم الموقوفة عليهم يطلبون أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضى وهو مغل سنة خمس وأربعين مثلاً فهل يصرف اليهم الناظر بحساب سنة المغل مع أنه قد نزل بعد هؤلاء المتقدمين جماعة شاركوا فى حساب سنة المغل فإن أخذ أولئك على حساب السنة الهلالية لم يبق للتأخرين إلا شىء يسير فأجاب بأنه لا يحاسب الا بسنة المغل دون الهلالية ووافقه جماعة من الشافعية والحنفية على ذلك

(القاعدة الرابعة والثمانون)

الحمل هل له حكم قبل انفصاله أم لاحكى القاضى وابن عقيل وغيرهما فى المسألة روايتين قالوا والصحيح من المذهب أن له حكماً وهذا الكلام على إطلاقه قد يستشكل فإن الحمل يتعلق به احكام كثيرة ثابتة بالاتفاق مثل عزل الميراث له وصحة الوصية له ووجوب الغرة بقتله وتأخير إقامة الحدود واستيفاء التصاغر من أمه حتى تضعه وإباحة الفطر لها إذا خشيت عليه ووجوب النفقة لها إذا كانت بائناً وإباحة طلاقها وإن كانت موطوءة فى ذلك الطهر قبل ظهوره الى غير ذلك من الأحكام ولم يريدوا ادخال مثل هذه الأحكام فى محل الروايتين ، وفصل القول فى ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان أحدهما ما يتعلق بسبب الحمل بغيره فهذا ثابت بالاتفاق لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الاسباب الظاهرة فإذا ظهرت أمارة الحمل كان وجوده هو الظاهر فترتب عليه أحكامه فى الظاهر فإن خرج حياً تيننا ثبوت تلك الأحكام فى الباطن وإن بان أنه لم يكن حمل أو اخرج ميتاً تيننا فساد ما يتعلق من الأحكام به أو بحياته كإرضائه ووصيته وهذه الأحكام كثيرة جداً وبعضها متفق عليه وبعضها فيه اختلاف فمن أحكامه إذا ماتت كافرة وفى بطنها حمل محكوم بإسلامه لم يدفن فى مقابر الكفار لحرمته الحمل

ومنها اخراج الفطرة عن الحمل وهى مستحبة وفى وجوبها طريقة ان الأصحاب منهم من جزم بنفى الوجوب ومنهم من قال فى المسألة روايتان (ومنها) فطر الحامل إذا خافت على جنينها من الصوم ويجب عليها القضاء والكفارة وهل الكفارة من مالها أو بينها وبين من يلزمه نفقة

(١) هذه الفقرة الى آخر القاعدة ليست فى نسختى الدار

الحمل على احتمالين ذكرهما ابن عقيل في فتونه (ومنها) اذا اشترى جارية فبانت حاملا فنص احمد في رواية أبي طالب أن البائع ان أقر بوطنها ردت اليه لأنها أم ولد له وان انكر فان شاء المشتري ردها وان شاء لم يردها فابطل البيع مع اقرار البائع بالوطء بمجرد تبين الحمل وقال ابن عقيل عندي لا يجب الرد حتى تضع ما تصير به الامة أم ولد لجواز أن لا يكون كذلك وهذا تفريع على قولنا بصحة البيع قبل الاستبراء فاما على الرواية فالبيع من أصله باطل لعدم استبراء البائع (ومنها) لو وطئ الراهن أمته المرهونة فاحبلها خرجت من الرهن ولزمه قيمتها تكون رهنا كذا قاله كثير من الأصحاب ومنهم من قال يتأخر الضمان حتى تضع فيلزمه قيمتها يوم أحبلها (ومنها) اذا وطئ جارية من المغنم فحملت فانها تقوم عليه في الحال وتصير مستولدة له، هذا هو المنصوص عن احمد وقال القاضى في خلافه لا تصير مستولدة بناء على أن الغنيمة لا تملك بدون القسمة لكن يمنع من بيعها لكونها حاملا بحر (١) ولا يؤخر قسمتها فتعين أن يحسب عليه من نصيبه كذلك (ومنها) اذا قال لزوجته ان كنت حاملا فانت طالق فالمنصوص عن احمد في رواية أنه ينظر اليها النساء فان خفى عليهن فان جاءت به لتسعة أشهر أو لسته أشهر حنث فأوقع الطلاق بشهادة النساء بالحمل أو بولادتها لغالب مدة الحمل عند خفائه وصحح القاضى في موضع من الجامع هذه الرواية وقال أكثر الأصحاب ان ولدت لاكثر من نهاية مدة الحمل لم تطلق وان ولدت لدون اكثر مدة الحمل فان كان لم يطأها بعد اليمين طلقت وان وطئها بعد اليمين فان ولدت لدون ستة أشهر من أول الوطء طلقت وان ولدت لاكثر منه فوجهان أشهرهما لا تطلق وجعله القاضى في المجرد وجهها واحدا لاحتمال العلوق به من الوطء المتجدد والثاني تطلق لأن الأصل عدمه وفيه وجه آخر لا تطلق حتى تضعه لدون ستة أشهر بكل حال لأنه لا يتعين وجوده عند اليمين بدون ذلك والطلاق لا يقع مع الشك والاحتمال (ومنها) اذا كان لرجل زوجة لها ولد من غيره فمات ولا اب له وقد كان تقدم من الزوج وطئ هذه الزوجة فانه يمنع من وطئها بعد موت ولدها حتى يتبين هل هي حامل من وطئه المتقدم أم لا لأجل ميراث الحمل من أخيه، وكذلك إذا كان عبد تحته حرة قد وطئها وله أخ حر فيموت أخوه الحر فانه يمنع من وطئ زوجته حتى يتبين هل هي حامل أم لا لأجل ميراث الحمل من عمه ثم ان جاءت بولد لسته أشهر من حين الموت فانه يرث بلا إشكال وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ولاقل من أكثر مدة الحمل فان كف الزوج عن الوطء من حين الموت ورث الحمل لأن الظاهر أنها كانت حاملا قال احمد في رواية ابن منصور

في رجل تزوج امرأة لها ابن من غيره فيموت انها إن جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم مات منها ورثناه وإن جاءت بالولد بعد ستة أشهر لم نورثه إلا بيئته ويكف عن امرأته إذا مات ولدها فإن لم يكف لجأت بولد لا أكثر من ستة أشهر فلا أدري هو أخوه أم لا وظاهر هذا انه ان كف عن الوطء ورث الولد وإن لم يكف فإن جاءت بالولد بعد الوطء لدون ستة أشهر ورث أيضا و كان كمن لم يطأ وإن جاءت به لسته أشهر فصاعداً فظاهر كلام احمد الذي ذكرناه أنه لا يرث وبه جزم القاضى في المجرد الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا يوم موت ولدها وقال في الجامع الكبير يحتمل وجهين خرجهما من مسألة تعليق الطلاق على الحمل التي تقدمت

النوع الثانى الاحكام الثابتة للحمل في نفسه من ملك وتملك وعتق وحكم باسلام واستلحاق نسب ونفيه وضمان ونفقة، وهذا النوع هو مراد من حكا الخلاف في الحمل له حكم أم لا وبعض هذه الاحكام ثابتة بغير خلاف ولذا كرر جملة من هذه الاحكام فنما وجوب النفقة له فيجب نفقة الحمل على الأب وإن كانت أمة لا نفقة لها كالبائن بالاتفاق ، وهذه النفقة للحمل لا أمة على أصح الروايتين وهي اختيار الخرقى وأبى بكر، ولهذا يدور معه وجودا وعدما فعلى هذه يجب مع نشوز الام وكونها حاملا من وطء شبهة أو نكاح فاسد ويجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الاعتسار ذكره القاضى في خلافه وصاحب المحرر ، وتسقط بيسار الحمل اذا حكم له بملك ذكره القاضى أيضا في الخلاف وظاهر كلامه في كتاب الروايتين يخالف ذلك ويجب الاتفاق في مدة الحمل ولا يقف على الوضع نص عليه أحمد وخرج الأمدى وأبو الخطاب وجها اذا قلنا لاحكم للحمل انه لا يجب للحمل نفقة حتى ينفصل فترجع بها وهو ضعيف مصادم لقوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وأما أم الولد اذا مات عنها سيدها وهي حامل فليست من هذا القبيل وإن كان أبو الخطاب ذكر في وجوب النفقة لها لأجل الحمل روايتين بل نفقة هذه من جنس نفقة الحامل المتوفى عنها ، وفيها أيضا روايتان وليس ذلك مبني على أن النفقة للحمل أول للحامل كما زعم ابن الزاغوني وغيره فإن نفقة الأقارب تسقط بالموت ولكن هذا من باب النفقة على المحوسة بحق الزوج من ماله كنفقة البائن الحامل نعم إن يتوجه أن يقال إن قلنا النفقة للحامل وجبت كنفقة أم الولد والمتوفى عنها من التركة لانهما محبوستان لحق الزوج فاذا وجبت لهما نفقة فهي من ماله وإن قلنا النفقة للحمل فهي على الورثة كما سبق ، وهذا عكس ما ذكره ابن الزاغوني وغيره وفي نفقة أم الولد الحامل ثلاث روايات عن أحمد : أحدها لا نفقة لها نقلها حرب وابن بختان والثاني ينفق عليها من نصيب ماني بطنها نقلها محمد بن يحيى السكاحال ، والثالثة ان لم تكن

ولدت من سيدها قبل ذلك فنفتها من جميع المال إذا كانت حاملا وان كانت ولدت قبل ذلك فهي في عداد الأحرار ينفق عليها من نصيبها نقلها عنه جعفر بن محمد وهي مشكلة جدا ومعناها عندي والله أعلم أنها إذا كانت حاملا ولم تضع من سيدها قبل ذلك فنفتها من جميع المال لما ذكرنا من حبسها على سيدها بالحمل فتكون النفقة عليه حيث لم يثبت استيلاؤها بعد ، ويجوز أن لا تصير أم ولد بالكلية وتسترق فإذا أنفق عليها من جميع المال فإن بين عتقها وقد استوفت الواجب لها وان رقت لم يذهب على الورثة شيء من حيث أنفق على رقيقهم من مالهم وان كانت ولدت قبل ذلك من سيدها فقد ثبت لها حكم الاستيلاء في حياة السيد وهو معنى قوله هي في عداد الأحرار، وحينئذ يعتق لموت السيد بلا ريب فأيجاب نفقتها على ولدها أولى من إيجابها من مال سيدها ويزيده إيضاحا في المسألة الآتية (ومنها) وجوب نفقة الأقارب على الحمل من ماله وقد نص أحمد في رواية الكحال أن نفقة أم الولد الحامل من نصيب ما في بطنها ذكره القاضي في خلافه واستشكله الشيخ مجد الدين قال لأن الحمل إنما يرث بشرط خروجه حيا ويوقف نصيبه فكيف يتصرف فيه قبل تحقق الشرط ويجاب عنه بأن هذا النص يشهد لثبوت ملكه بالأرث من حين موت موروثه وإنما خروجه حيا يتبين به وجود ذلك فإذا حكمنا له بالملك ظاهراً جاز التصرف فيه بالنفقة الواجبة عليه وعلى من يلزمه نفقته لاسيما والنفقة على أمه يعود نفعها إليه كما يتصرف في مال المفقود إذا غلب على الظن هلاكه ويقسم ماله بين ورثته ، وان جاز أن يكون حيا بل هو الأصل حتى لو قدم حيا وقد استهلك ماله في أيدي الورثة ففي ضمانه روايتان ، وكذا يقال في مال الحمل ويشهد له إذا انفق الزوج على البائن يظنها حاملا ثم تبين أنها لم تكن حاملا ففي الرجوع روايتان أيضاً ، وقد يحمل إيجاب الأم من نصيب الحمل على أن الأم ترجع به على نصيبه إذا وضعت حيا وفيه بعد (ومنها) ملكه بالميراث وهو منفق عليه في الجملة لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت موروثه وتبين ذلك بخروجه حيا أو لم يثبت له الملك حتى ينفصل حيا فيه خلاف بين الأصحاب وهذا الخلاف مطرد في سائر أحكامه الثابتة له هل هي معلقة بشرط انفصاله حيا فلا يثبت قبله أو هي ثابتة له في حال كونه حاملا لكن ثبوتها مراعاة بانفصاله حيا فإذا انفصل حيا تبين ثبوتها من حين وجود أسبابها ، وهذا هو تحقيق معنى قول من قال هل الحمل له حكم أم لا والذي يقتضيه نص أحمد في الاتفاق على أمه من نصيبه أنه يثبت له الملك بالأرث من حين موت أبيه وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب ونقل عن أحمد ما يدل على خلافه أيضاً فروى عنه جعفر بن محمد في نصراني مات وامرأته نصرانية وكانت حبلى فأسلمت بعد موته ثم ولدت هل ترث قال لا وقال إنما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو وإنما يرث بالولادة وحكم له بحكم الإسلام

وقال محمد بن يحيى الكحال قلت لابي عبد الله مات نصراني وامرأته حامل فاسلمت بعد موته قال :
ما في بطنها مسلم قلت يرث أباه اذا كان كافراً وهو مسلم؟ قال لا يرثه فصرح بالمنع من ارثه من أيه
معللاً بان ارثه يتاخر الى ما بعد ولادته لانه قبل ذلك مشكوك في وجوده واذا تاخر تورثه الى
ما بعد الولادة فقد سبق الحكم باسلامه زمن الولادة اما باسلام أمه كما دل عليه كلام احمد هنا او
بموت أيه على ظاهر المذهب، والحكم باسلام لا يتوقف على العلم به بخلاف التورث وهذا يرجع
الى أن التورث يتاخر عن موت الموروث اذا انمقد سببه في حياة الموروث وأصول احمد تشهد
لذلك في اسلام القريب الكافر قبل قسمة الميراث وأما على ما صرح به ابن عقيل وغيره وهو مقتضى
رواية الكحال في النفقة فيرث الحمل بموت أيه منه وان قلنا يحكم باسلامه بموت احد أبويه كما
سبق تقريره في قاعدة اقتران الحكم ومانعه وأما ان قيل لا يحكم باسلامه بموت أحد على ما ذكرناه
واضح لاخفاء فيه وقد ألم به بعض الأصحاب وأما القاضي والآكثرون فاضطربوا في تخريج كلام
أحمد وللقاضي في تخريجه ثلاثة أوجه الأول ان اسلامه قبل قسمة الميراث أوجب منعه من التورث
كما أن اسلام الكافر قبل قسمة ميراث المسلم يوجب تورثه اعتباراً بالقسمة في التورث والمنع
وهذه طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وهي ظاهرة الفساد لأن اسلام قريب الكافر
بعد موته وثبوت ارثه لا يسقط تورثه منه بغير خلاف فان تورث المسلم قبل القسمة ثبت ترغيباً
في الاسلام وحثاً عليه وهذا المقصود ينعكس ههنا، والثاني أن هذه الصورة من جملة صور تورث
الطفل المحكوم باسلامه بموت أيه منه ونصه هذا يدل على عدم التورث فيكون رواية ثانية في المسئلة
وهذه طريقة القاضي في كتاب الروايتين وهي ضعيفة لأن أحمد صرح بالتعليل بغير ذلك ولأن
تورث الطفل من أيه الكافر وان حكم باسلامه بموته غير مختلف فيه حتى نقل ابن المنذر وغيره
عليه الاجماع فلا يصح حمل كلام احمد على ما يخالف الاجماع الثالث ان الحكم باسلام هذا الطفل
جعل بشيئين بموت أيه واسلام أمه وهذا الثاني مانع قوى لانه متفق عليه فلذلك [منع] الميراث
بخلاف الولد المنفصل اذا مات أحد أبويه فاه يحكم باسلامه ولا يمنع ارثه لان المانع فيه ضعيف
للاختلاف فيه وهذه طريقة القاضي في خلافه وهي ضعيفة أيضاً ومخالفة لتعليل احمد فان احمد
إنما علل بسبق المانع لتورثه لا بقوة المانع وضعفه وأما ورث احمد من حكم باسلامه بموت أحد
أبويه لمقارنة المانع للضعفه (ومنها) ثبوت الملك له بالوصية وفيه الخلاف السابق بالتورث واختار
القاضي أن الوصية له تعليق على خروجه حياً والوصية قابلة للتعليق بخلاف الهبة وابن عقيل تارة
وافق شيخه وتارة خالفه، وحكم بثبوت الملك من حين موت الموصى وقبول الولي له، وصرح به أبو

المعالي التنوخي وبأنه يتعقد الحول عليه من حين الحكم بالملك اذا كان مالا زكواً وكذلك في المملوك بالارث وحكى وجهاً آخر أنه لا يجرى في حول الزكاة حتى توضع للتردد في كونه حياً مالكا فهو كالمكاتب ولا يعرف هذا التفريع في المذهب (ومنها) الاقرار المطلق للحمل هل يصح أم لا على وجهين وقال التميمي لا يصح وقال أبو حامد والقاضي يصح واختلف في مأخذ البطلان فقل لان الحمل لا يملك الا بالارث والوصية ، فلو صح الاقرار له تملك بغيرها وهو فاسد فان الاقرار كاشف للملك ومبين له لا موجب له وقيل لأن ظاهر الاطلاق ينصرف إلى المعاملة ونحوها وهي مستحيلة مع الحمل وهو ضعيف لانه اذا صح له الملك توجه حمل الاقرار مع الاطلاق عليه ، وقيل لان الاقرار للحمل تعليق له على شرط في الولادة لانه لا يملك بدون خروجه حياً والاقرار لا يقبل التعليق وهذه طريقة ابن عقيل وهي أظهر وترجع المسئلة حينئذ الى ثبوت الملك له وانتفائه كما سبق (ومنها) استحقاق الحمل من الوقف والمنصوص عن احمد كما سبق أنه لا يستحق حتى يوضع ، وهو قول القاضي والاكثرين وقال ابن عقيل يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً حتى صحح الوقف على الحمل ابتداء وقياس قوله في الهبة كذلك إذ تملك الحمل عنده تملك منجزاً لا معاق وانما منع القاضي صحة الهبة له لان تملكه معلق على خروجه حياً والهبة لا تقبل التعليق وأفتى الشيخ تقي الدين باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً ويمكن التفريق على المنصوص بين الوقف وغيره من الارث والوصية والهبة فان الوقف انما المقصود منفعته وثمراته وفوائده ، وهي مستحقة على التأييد لقوم بعد قوم والحمل ليس من أهل الانتفاع فلا يستحق منه شيئاً مع وجود المستفيدين به حتى يولد ويحتاج الى الانتفاع معهم بخلاف الملك الذي يخص به واحد مدين لا يشاركه فيه غيره فان هذا ثبت للحمل ولا يجوز انزاعه منه مع وجوده ، ويلزم من ذلك صحة الوقف على الحمل المدين دون استحقاقه مع أهل الوقف (ومنها) الاخذ للحمل بالشفعة اذا مات مورثة بعد المطالبة ، قال الاصحاح لا يؤخذ له ثم منهم من عاى بأنه لا يتحقق وجوده ومنهم من عاى بانتفاء ملكه ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة بناء على أن له حكماً وملكاً (ومنها) اللعان على الحمل ، وفيه روايتان ذكرهما القاضي في خلافه وفي كتاب الروايتين إحداهما لا يصح نفيه ولا الالتعان عليه لأنه غير محقق ، نقلها أبو طالب وحنبلى والميمونى عن احمد وهما باحتمال كونه ربها وهذا هو المذهب عند الاصحاب ، والثانية تلاعن بالحمل نقلها ابن منصور عن احمد قال خلال هو قول أول وذكر النجاء أنه هو المذهب واختاره صاحب المغنى ، وعلى هذا الخلاف يخرج صحة استحقاق الحمل والاقرار به لأن لحوق النسب أسرع ثبوتاً من نفيه والمنصوص عن احمد

في رواية ابن القاسم أنه لا يلزم الاقرار به وهو منزل على قوله إنه لا ينتق باللعان عليه (ومنها) وجوب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتاً من الضرب وهو ثابت بالسنة الصحيحة وقد انكر النبي صلى الله عليه وسلم على من اعترض على ذلك معللاً بأنه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستهلال وأن ذلك يقتضي إهداره، ونسبه إلى أنه من إخوان الكهان حيث تكلم بكلام مسجع باطل في نفسه، والعجب كل العجب ممن يدعى التحقيق ويرتضى لنفسه مشاركة هذا المعترض، ويقول القياس يقتضي إهداره وليس كما ظنه فإن هذا الجنين إما أن يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه ولا يجوز أن يكون قد فارقت الحياة لأنه لو مات لم يستقر في البطن وحيثئذ فالجاني إما أن يكون قتله أو منع انعقاد حياته فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقادهم أرقاء ولم يضمنوا كمال الدية والقيمة أيضاً فإن دلائل حياته وسقوطه ميتاً عقيب الضربة كالقاطع بأنها هي التي قتله ولعل ذلك الظن فوت مرتبة اللوث الموجب للقسامة، وإن ماتت أمه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وفقد التعدي، وذلك يوجب الضمان ولا يشترط الانفصال إلا لثبوت الضمان في الظاهر فلو ماتت الأم وجنيتها وجب ضمانها لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال، قال في امرأة قتلت وهي حامل إذا لم يبق الجنين فليس فيه شيء، قال القاضي والأصحاب يكفي أن يظهر منه يد أو رجل أو يكون قد انشق جوفها وشوهد الجنين وإن لم ينفصل لأن العلم بحاله يحصل بذلك وقد قال أحمد في رواية أبي طالب إذا كان الجنين في بطن أمه فقتلت الأم ومات الجنين فعلى العاقلة دية الأم ودية الجنين ولم يشترط الانفصال ولو ماتت امرأة وشوهد لجوفها حركة ثم عصر جوفها فخرج الجنين ميتاً فهل تضمنه العاصرة على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو الخطاب في خلافهما أحدهما تضمنه لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر والثاني لا يضمن لأنه منخفق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها، وهل يخص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص لأن ضمان الجنين الميت على خلاف القياس قالوا وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقال أبو بكر يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الآمة وقياسه جنين الصيد في الحرم والأحرام، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضاً لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص ولو ألفت البهيمة بالجناية جنيئاً حياً ثم مات فاحتمل أن ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن أحدهما يضمن قيمة الولد حياً لا غير والثاني عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم، وكذلك ذكر صاحب المغني في الآمة إذا

أسقطت الجنين ، هل يجب ضمانه فقط أو يجب معه ضمان نقصها أو ضمان أكثر الأمرين ثلاث احتمالات والمذهب الاول ولم يذكر القاضى سواه وخرج الشيخ مجد الدين ان جنين الامة يضمن بما نقصت أمه لا غير بناء على قوله إن الرقيق لا يضمن بمقدر بل بما ينقص بكل حال ولو قتل صيداً ماخضاً ففيه ثلاثة أوجه ، احدها يفديه بمثله من النعم ماخض وهو قول أبي الخطاب ، والثاني يفديه بقيمته مثله لأن اللحم الماخض يفسد فقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه وهو قول القاضى ، والثالث يحز به أن يفديه بمثله غير ماخض لأن هذه الصفة عيب في اللحم فلا يعتبر في المثل كسائر العيوب ذكره في المغنى احتمالاً (ومنها) هل يوصف قبل الجنين بالعمدية أم لا ، قال احمد في رواية ابن منصور في امرأة شربت دواء فأسقطت ان كانت تعمدت فاحب الى أن يعتق رقبة وان سقط حياً ثم مات فالدية على عاقلتها لآييه ولا يكون لأمه شيء لأنها القاتلة. قيل له فان شربت عمداً قال هو شبه العمد شربت ولا تدرى يسقط أم لا عسى لا يسقط . الدية على العاقلة والظاهر أنه لم يجعله عمداً للشك في وجوده لا للشك في الاسقاط بالدواء لأنه قد يكون الاسقاط معاً كما أن القتل بالسم ونحوه معلوم ومن هذه الرواية أخذ الاصحاح رواية وجوب الكفارة بقتل العمد ولا يصح ذلك فانه صرح بانه ليس بعمد وإنما هو شبه عمد (ومنها) عتق الجنين هل ينفذ من حينه أو هو موقوف على خروجه حياً في المسئلة روايتان ، أحدهما ينفذ من حينه وهو المذهب ، والثانية لا يعتق حتى تضعه حياً نص عليها في رواية ابن منصور قال لا يجب العتق إلا بالولادة، هو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت وكذلك الخلاف إذا أعتق تعالعتق أمه أو يملكه ممن يعتق برحم ، ويتفرع على هذا الأصل فروع :

الفرع الاول لو زوج ابنة بأمته فولدت ولداً بغد موت الجد سيد الامة فان قلنا يعتق الحمل فقد عتق على جده نص على ذلك احمد في رواية أبي طالب وصالح وان قلنا لا يعتق حتى توضع فهو تركة موروثه عن سيده فيرث منه أهوه وأعمامه بقدر حصصهم ويعتق عليهم بالملك نص على ذلك احمد في رواية المروذى وهذا لأننا ان قلنا ليس للحمل حكم فالمعنى أنه لا يثبت له حكم الأولاد المستقلين والافه موجود حقيقة ومودع في أدبه فالملك فيه قائم وطرده القاضى وان عقيل الخلاف في تبوت ملكه أيضاً وذكرنا في الوصية أنه لو وصى بامة لزوجها وهي حامل منه فولدت فان قلنا للحمل حكم فهو موصى به معها يتبعها في الوصية ، وإن قلنا لا حكم له لم يدخل في الوصية وكان ملكاً لمن ولدته في ملكه لأنه حينئذ ثبت له حكم بظهوره . فان ولدته في حياة الموصى فهو له أو بعد موته وقبل القبول فهو ان حكمنا له بالملك في تلك الحال على الخلاف فيه وان ولدته بعد قبوله فهو له ويعتق عليه ، وهذا يقتضى ههنا اننا اذا قلنا لا حكم للحمل ولا يعلق دلي جده مات الجد ووضع بعد موته انه اذا كان

وضعه بعد القسمة فهو ملك لمن حصلت الأمة له ، وإن كان قبل القسمة فهو مشترك بينهم لا لأنه موروث عن أيهم بل لأنه نماء ملكهم المشترك فظهر بهذا أن للاصحاب في معنى كون الحمل له حكم أولا حكم له طريقين : احدهما انه هل هو كجزء من أجزاء أمه أو كالمعدوم وإنما يحسم بوجوده بالوضع . والثاني وهو المنصوص انه مملوك منفصل عن أمه ومودع فيها ولكن هل يثبت له حكم الولد المستقل بدون انفصاله أولا يثبت له ذلك حتى يفصل .

الفرع الثاني اذا اعتق الأمة الحامل عتق حملها معها ولكن هل يقف عتقه على انفصاله او يعتق من حين عتق أمه على ما تقدم وقياس ما ذكره القاضي وابن عقيل انه لا يعتق بالكلية اذ هو كالمعدوم قبل الوضع وهو بعيد جداً فان أسوأ ما يقدر في الحمل انه ورد عليه العتق في حال منع من نفوذه مانع فوقف على زواله كعتق المريض لكل رقيقة ، فانه يأنف على اجازة الورثة ومن اصلنا أن العتق قبل الملك يصح تعليقه عليه في ظاهر المذهب فان كان اصله موجوداً في ملكه صح تعليقه بغير خلاف عند المحققين كمن قال لأمتي كل ولد تلدينه حر . وهذا العتق قد يشر بالعتق أمته وحملها متصل بها فوقف نفوذ عتقه على صلاحيته للعتق بظهوره وقد صرح القاضي في خلافه بانه لو اعتق الحمل وكان علقه عتق وان لم يكن مملوكاً حيثنظر الى هذا المعنى والله أعلم .

الفرع الثالث اعتق الأمة واستثنى حملها صح وكان الولد رقيقاً نص عليه في رواية جماعة وتوقف فيه في رواية ابن الحكم ، وخرج ابن أبي موسى والقاضي انه لا يصح استثنائه بناء على انه كجزء من أجزائها وخرجه أيضاً من عدم صحة استثنائه في البيع ، ولا يصح لأن البيع تنايه الجهالة بخلاف العتق .

الفرع الرابع اعتق المورس أمة له حملها لغيره فهل يعتق بالسرايه أم لا ان قلنا انه مستقل بنفسه لم يسر اليه العتق وإنما دخل مع الأم اذا كان مملوكاً لمالكها تبعاً لاتصاله بالأم واجتماعهما في ملكه كما يتبع الطلع المؤبر للخل في العقد اذا كان ملكاً للملك ولا يتبع اذا كان ملكاً لغيره وهذا اختيار السامري وصاحبي التلخيص والمحرر ، وقال القاضي والشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يعتق ويضمنه للمالك بناء على انه كجزء منها .

الفرع الخامس لو اعتق الحمل وحده صح ونفذ وهل يعتق من حينه أو يقف على خروجه حياً مبنى على ماسق وأشار القاضي وابن عقيل في ديات الأجنة الى خلاف لنا في صحة عتقه بناء على انه كالمعدوم وهو ضعيف وقياس قول من قال هو كجزء منها أن يسرى عتقه اليها وهو ضعيف أيضاً . وينبني على هذا الفرع لو ضرب بطن أمة حامل فاعتق السيد حملها بعد الجنابة أو أعتقه السيد

ثم جنى عليه ثم انفصل ميتا أو انفصل حيا ثم مات عقيب الانفصال، فهذا ينبغي على أن العتق هل حصل قبل الانفصال أو لم يحصل إلا بعده، وعلى أصل آخر وهو إذا جرح رقيقا ثم عتق فسرى إلى نفسه فمات هل يضمه بدية حر أو بقيمة عبد على روايتين فإذا علم هذا فهنا صور أربعة: (أحدها) أن يجنى عليه ثم يعتق ثم ينفصل ميتا فينبى على أن العتق هل حصل له حال كونه حملا أم لا فإن قلنا لم يحصل له العتق حينئذ وجب ضمانه بضمان جنين ملوك عشر قيمة أمه وإن قلنا قد عتق انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان بحال السراية أو الجناية فإن قلنا الاعتبار بحال الجناية فكذلك وإن قلنا بحال السراية ففيه غرة ضمان جنين حر، وقيل يضمه ضمان رقيق وجها واحدا كذلك ذكره القاضي وابن عقيل إذ لم يتحقق عتقه لجواز تلفه قبله وحكما أيضا فيما إذا لو اعتق الأم بعد الجناية ثم ألت جنينها وجهين مخرجين من الاختلاف في اعتبار حالة السراية أو الجناية والفرق بينهما غير متوجه (والصورة الثانية) أن يجنى عليه ثم يعتق ثم ينفصل حيا ثم يموت فقد حصل له العتق بغير خلاف فينبى على الخلاف في اعتبار الضمان هل هو بحالة السراية أو الجناية كما تقدم وفي مسودة شرح الهداية يضمه بدية حر رواية واحدة وهو سهو (الصورة الثالثة) أن يعتق أولا ثم يجنى عليه ثم ينفصل حيا فيجب ضمانه بدية حر إن قلنا عتق وهو حمل وإن قلنا لا يعتق إلا بعد الانفصال انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان هل هو بحالة الجناية أو السراية فإن قلنا بحالة السراية ضمته بدية حر وإلا ضمته ضمان رقيق وظاهر كلام صاحب المحرر أنه يجب ضمانه بدية حر وجها واحدا لأن الجناية وقعت بعد العتق المباشر ووجد الموت بعد النفوذ وفيه نظر، والأظهر أنه كمن جنى عليه بعد التعليق ثم مات بعد وجود الصفة (والصورة الرابعة) أن يعتق ثم يجنى عليه ثم ينفصل ميتا فإن قلنا عتق وهو حمل ضمته ضمان جنين حر وإن قلنا إنه لم يعتق ضمته ضمان جنين رقيق ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور معللا بأنه لم يعتق بعد، وفي الخلاف الكبير والمحرر أن حربا نقل ذلك أيضا عن أحمد وليس كذلك وإنما حكاه أحمد في روايته عن الزهرى وقال ما أدري كيف وجهه، وقال القاضي وابن عقيل إذا قلنا لا يصح عتق الحمل فوجوده كعدمه في جميع هذه الصور فهو ضعيف كما سبق (ومنها) ورود العقود على الحامل كالبيع والهبة والوصية والاصداق قال القاضي وابن عقيل إن قلنا للحمل حكم فهو داخل في العقد ويأخذ قسطا من العوض وإن قلنا لا حكم له لم يأخذ قسطا من العوض وكان بعد وضعه حكمه حكم النماء المنفصل فلوردت العين بعيب أو افلاس أو طلاق فإن قلنا له حكم (١) رد مع الأصل والا

(١) في ٧١٢: لاحكم له .

كان حكمه حكم النماء وقياس المنصوص من أحد في الحمل أنه لا يعتق وأنه تركامورثة يقتضى أن حكمه حكم الاجزاء لا حكم الولد المنفصل، فيجب رده مع العين وان قلنا لا حكم له اذ المراد بذلك انه لا يثبت له حكم الاولاد لا انه معدوم وهذا اصح وهو ظاهر كلام الأكثرين في مسألة الفلاس ولا فرق بين ما يعتبر له القبض من العقود كالرهن والهبة وما لا يعتبر قبضه ويحصل قبضه تبعاً لآله ذكره القاضى في خلافه ويتخرج على هذا الأصل مسألة اشتراط الحمل في البيع والسلم في الحيوان الحامل وغير ذلك (ومنها) جنين الدابة المذكاة هل يحكم بكاته ما قبل الانفصال ام لا قال ابن عقيل في فتونه لا يحكم بكاته الا بعد الانفصال وظاهر كلام أحد خلافه فانه قال هو ركن من أركانها وفرق بين الجنين والولد المنفصل بأن الجنين فيه غرة والولد فيه الدية فعلم انه ليس له حكم الاولاد، وهذا يرجح انه جزء من الأم وان تذكته تابع لتذكيته، وأما ان قيل بأنه ولد مستقل ففيه نظر، وقد ينبى على ذلك انه هل يجب فيه اراقة دمه اذا خرج أم لا وكلام أحمد في ذلك يدل على روايتين، وأكثر النصوص عنه يدل على الاستحباب فقط وفي بعضها ما يشعر بالوجوب وهذا ينزع (١) الى انه ولد مستقل لكن عفى عن موته بغير تذكية لاتصاله بأمه عند تذكيته ثم وجب سفع دمه ليحصل مقصود التذكية فيه (ومنها) اذا ماتت الحامل وصلى عليها هل ينوى الصلاة على حملها قال ابن عقيل في فتونه لا، وعال بالشك في وجوده وهذا متوجه على القول بأنه كالمعدوم قبل الانفصال، وعلى القول بأنه كالجزم من الأم أيضا. وأما ان قيل بأنه ولد مستقل ففيه نظر. وقد يقال شرط ثبوت الاحكام له ظهوره ولم يوجد فهذا متوجه.

﴿ القاعدة الخامسة والثمانون ﴾

الحقوق خمسة أنواع (أحدها) حق مالك كحق السيد في مال المكاتب ومال القن اذا قلنا يملك بالتملك وهما يتمتع ارثه لما منع كالتركة المستغرقة بالدين على رواية، وكالمحرم اذا مات موروثه وفي ملكه صيد على اظهر الوجهين (والثاني) حق يملك كحق الأب في مال ولده وحق العاقد للعقد اذا وجب له وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ماخرج عنه الى ملكه مع ان في هذا شائبة من حق الملك وحق الشفيع في الشقص وهما صور مختلفان فيها هل يثبت فيها الملك او حق التملك (فمنها) حق المضارب في الربح بعد الظهور وقبل القسمة وفيه روايتان: احدهما انه يملكها بالظهور: والثانية لم يملكها وانما ملك ان يمتاكه وهو حق متأكد حتى لو مات ورث عنه ولو أتلف

(١) كتب بهامش نسختنا: لعله يرجع.

المالك المال غرم نصيبه وكذلك الأجنبي ولو اسقط المضارب حقه منه فإن قلنا هو ملكه لم يسقط، وإن قلنا لم يملكه بعد فقي التلخيص احتمالان : أحدهما يسقط كالغنيمة ، والثاني لا لأن الربح هنا مقصود وقد تأكد سيده بخلاف الغنيمة فإن مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله لا المال (ومنها) حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة وفيه وجهان : أحدهما وهو المنصوص وعليه جمهور الأصحاب أنه يثبت الملك فيها بمجرد الاستيلاء لكن هل يشترط الإحراز أم لا على وجهين أحدهما لا يشترط وتملك بمجرد تقضى الحرب وهو قول القاضي في المجرد ومن تابعه على طريقته . والثاني يشترط وهو قول الخرقى وابن أبي موسى كسائر المباحات ورجحه صاحب المغنى فعلى هذا لا يستحق منها إلا من شهد الإحراز، وأما على الأول فاعتبر القاضي والأكثر شهود إحراز (١) الواقعة وقالوا لا يستحق من لم يشهده . وفصل في الأحكام السلطانية بين الجيش وأهل المدد فاما الجيش فيستحقون بحضور جزء من الواقعة إذا كان تخلفهم عن الباقي لعذر كموت الغازى أو موت فرسه ، وأما المدد فيعتبر لاستحقاقهم شهود انجلاء الحرب ونص أحمد في رواية يعقوب ابن بختان فيمن قتل في المعركة يعطى ورثته نصيبه . والوجه الثاني لا يملك الغنيمة إلا باختيار الملك وهو اختيار القاضي في خلافه . فعلى هذا إنما ثبت لهم حق التملك كالشفيع فمن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة فلا حق له ذكره صاحب الترغيب وظاهر كلام القاضي في خلافه في باب الشفعة أن الحق ينتقل إلى الورثة بدون القبول والمطالبة وإن قالوا اخترنا القسمة لزمت حقوقهم ولم تسقط بالأعراض ذكره صاحب الترغيب بخلاف ما إذا اسقطوا حقوقهم قبل الاختيار فإنه يسقط على الوجهين لضعف الملك وعدم استقراره ويصير فيئاً فإن اسقط البعض دون البعض فالكل لمن يسقط حقه (ومنها) حق من وجد ماله بعينه في المغنم قبل القسمة بما ملكه الكفار بالاستيلاء عليه فإنه يثبت له حق التملك عند الأصحاب وخرجه شيخ الإسلام ابن تيمية الشيخ تقي الدين على الخلاف في حق الغانمين (ومنها) حق الزوج في نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول هل يثبت له فيه الملك قهراً أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه فيه وجهان والأول هو المنصوص وعلى الثاني فتكفى فيه المطالبة واختيار التملك على ظاهر كلام ابن الخطاب كرجوع الأب وزعم صاحب الترغيب أن هذا مرتب على الخلاف في عفو الذى يبدء عقدة النكاح هل هو الزوج أو الولي وليس كذلك ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك فإن العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك كالشفعة وليس في قولنا إن الذى يبدء

عقدة النكاح هو الأب ما يستلزم ان الزوج لم يملك نصف المهر لانه انما يعفو عن النصف المختص بابنته فاما النصف الآخر فلا تعرض لذكره بنفى ولا اثبات . والعجب انه حكى بعد ذلك في صحة عفو الزوج عن النصف اذا قلنا قد دخل في ملكه وجهين والصحيح المشهور انه يصح عفو ان كان مالكا كما يصح عفو الزوجة مع ملكها بنص القرآن لكن ان كان الصداق ديناً صح البراء منه بسائر الفاظ المباراة من البراء والاسقاط والهبة والعفو والصدقة والتحليل ولا يشترط له قبول وان كان عينا وقلنا لم يملكه وانما يثبت له حق التملك فكذلك وكذلك يصح عفو الشفيع عن الشفعة ذكره القاضي وابن عقيل وان قلنا ملك نصف الصداق صح بلفظ الهبة والتملك وهل يصح بلفظ العفو على وجهين : احدهما لا يصح قاله ابن عقيل . والثاني يصح قاله القاضي ورجحه صاحب المغنى وهو الصحيح لأن عقد الهبة عندنا يتعقد بكل لفظ يفيد معناه من غير اشتراط ايجاب ولا قبول بلفظ معين . وقال القاضي وابن عقيل يشترط هنا الايجاب والقبول والقبض وحكى صاحب الترغيب في اشتراط القبول وجهين والصحيح أن القبض لا يشترط في الفسوخ كالأقالة ونحوها صرح به القاضي في خلافه وكذلك يصح رجوع الأب في الهبة من غير قبض وكذلك فسخ عقد الرهن وغيرها (ومنها) حق الملتقط في اللقطة بعد حول التعريف وفيه وجهان اشهرهما انه يثبت له الملك بغير اختياره واختاره القاضي وقال انه ظاهر كلام أحمد والثاني لا يدخل حتى يختار وهو اختيار أبي الخطاب فيكون حقه فيها حق تملك (ومنها) الموصى له بعد موت الموصى وفيه وجهان : احدهما انه يثبت له الملك وقيل إنه ظاهر كلام أحمد . والثاني انما يثبت له حق التملك بالقبول وهو المشهور عند الأصحاب (ومنها) من نبت في أرضه كلاً أو نحوه من المباحات أو توحل فيها صيد أو سمك ونحوه فهل يملكه بذلك في المسئلة روايتان معروفتان وأكثر النصوص عن أحمد يدل على الملك وعلى الرواية الأخرى انما ثبت حق التملك وهو مقدم على غيره بذلك إذ لا يلزمه ان يبذل من الماء والكلاً إلا العاضل عن حوائجه ولو سبق غيره وحقق سبب الملك بحيازته اليه فقال القاضي والأكثرون يملكه وخرج ابن عقيل أنه لا يملكه لأنه سبب منهى عنه فلا يفيد الملك ويشبه هذا الخلاف في الطائفة التي تغزو بدون اذن الامام هل يملكون شيئاً من غنيمتهم ام لا وقرر القاضي في موضع من خلافه أن الأسباب الفعلية تفيد الملك وان كانت محظورة كأخذ المسلم اموال أهل الحرب غصباً وان دخل اليهم بأمان بخلاف القولية . وفي موضع آخر صرح بخلاف ذلك وانه لا يملك به المسلم وهو الصحيح من المذهب (ومنها) متحجر الموات المشهور انه لا يملكه بذلك ونقل صالح عن أبيه

ما يدل على أنه يملكه وعلى الأول فهو أحق بتملكه بالأحياء فإن بادر الغير فأحياء ففي ملكه وجهان معروفان هذا كله فيمن انعقد له سبب التملك وصار التملك واقفاً على اختياره فاما ان ثبت له رغبة في التملك ووعد به ولم ينعقد السبب كالمستام والمخاطب اذا ركن اليهما فلا يجوز مزاحمتها أيضاً ولكن يصح على المنصوص وخرج القاضي وجهاً بالبطلان من البيع على بيعه والفرق بينهما واضح لأن الحق في البيع انعقد واخذ به ولا كذلك ههنا ولأن المفيد للملك ههنا العقد والمحرم سابق عليه فهو كاستيلاد الأب والشريك يحصل له الملك بالعلوق لما كان المحرم وهو الوطء سابقاً عليه .

النوع الثالث حق الارتفاع ويدخل فيه صور:

(منها) وضع الجار خشبه على جدار جاره اذا لم يضربه للنص الوارد فيه (ومنها) إجراء الماء في أرض غيره اذا اضطر الى ذلك في إحدى الروايتين لقضاء عمرته قال الشيخ تقي الدين وكذلك اذا احتاج ان يجرى ماءه في طريق مائه مثل أن يجرى مياه سطوحه أو غيرها في قناة لجاره أو يسوق في قناة عذبة ماء ثم يقاسمه جاره ولو وضع على النهر عبارة يجرى فيها الماء فخرجها لأصحاب على الروايتين ونقل أبو طالب عن أحمد في قوم اقتسموا داراً كانت لها أربعة سطوح يجرى الماء عليها فلما اقتسموا أراد أحدهم أن يمنع من جريان الماء الآخر عليه وقال هذا قد صار لي وليس بيننا شرط فقال أحمد يرد الماء الى ما كان وإن لم يشرط ذلك ولا يضربه . وحمل طائفة من أصحابنا هذه الرواية على أنه يحصل به ضرر يمنع من جريان الماء وأنه يحتاج إلى أن ينقض سطحه ويستحدث له مسيلاً فجعل له أن يجرى به على رسمه الأول كذلك كما يجرى ماؤه في أرض غيره للحاجة أو يضع خشبه على جداره وكذا ذكره ابن عقيل وغيره وحمله بعضهم على أن الدار إذا اقتسمت كانت مرافقها كلها باقية مشتركة بين الجمع كالاستطراق في طريقها ، ولهذا قلنا لو حصل الطريق في حصة أحد المقتسمين ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة ، وعلى هذا حمله صاحب شرح الهداية وخرج صاحب المغنى في رواية أبي طالب وجهاً في مسألة الطريق بصحة القسمة وبقاء حق الاستطراق فيه للآخر وبينهما فرق ، فإن الطريق لا يراد منه سوى الاستطراق فالاشتراك فيه يزيل معنى القسمة والاختصاص بخلاف إجراء الماء على السطح فانه لا يمنع صاحب السطح من الانفراد بالارتفاع به بسائر وجوه الارتفاعات المختصة بالملك (ومنها) لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه أو شجراً عليه ثم لم يبد صلاحه كان ذلك مبقى في الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ بغيره أجرة ولو أراد تفريغ الأرض من الزرع لينتفع بها إلى وقت الجذاذ أو يؤجرها لم

يكن له ذلك كمالا يملك الجار إعاره غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك جاره وكذلك لو باع زرعاً قد بدا صلاحه في أرض فإن عليه إبقاؤه إلى وقت صلاحه للحصاد فاما ان باع شجرة فهل يدخل منبتها في البيع على وجهين ذكرهما القاضى وحكى عن ابن شاقلا أنه لا يدخل وان ظاهر كلام احمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هي له بأصلها وعلى هذا لو انقلعت فله إعادة غيرها مكانها ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقلا كالزراع إذا حصده فلا يكون له في الأرض سوى حق الانتفاع .

النوع الرابع حق الاختصاص وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاوضات ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) الكلب المباح اقتناؤه كالمعلم لمن يصطاد به فإن كان لا يصطاد به أو كان الكلب جروا يحتاج إلى التعليم فوجمان (ومنها) الأدهان المتنجسة المنتفع بها بالايقاد وغيره على القول بالجواز فاما نجاسة العين كدهن الميتة فالمخصوص أنه لا يجوز الانتفاع به ، ونقل ابن منصور عن احمد ما يدل على جوازه (ومنها) جلد الميتة المدبوغ إذا قيل يجوز الانتفاع به في اليابسات فاما مالا يجوز الانتفاع به من النجاسات بحال فلا يد ثابتة عليه وآية ذلك أنه لا يجب رده على من انتزعه ممن هو في يده بخلاف ما فيه نفع مباح فإنه يجب رده نعم لو غصب خمرأ فتخللت في يد الغاصب وجب ردها ذكره القاضى وابن عقيل والأصحاب لأن يد الاول لم تزل عنها بالغصب فكأنها تخللت في يده واختلفت (١) عبارات الأصحاب في زوال الملك بمجرد التخمير فاطاق الاكثرون الزوال منهم المعاضى وابن عقيل وظاهر كلام بعضهم أن الملك لم يزل ومنهم صاحب المغنى في كتاب الحج وفي كلام القاضى ما يدل عليه وبكل حال فلو عادت خلا عاد الملك الاول لحقوفه من ثبوت الرهنية وغيرها حتى لو خاف خمرأ وديننا فتخللت الخمر فضى منه دينه ذكره القاضى في المجرد في الرهن وذكر هو وابن عقيل أيضاً أنه لو وهب الخمر وأبضاها أو أراقها فجمعها آخر فتخللت في يد التانى فهل هي ملك له أو للاول على احتمالين ووفقاً بين ذلك وبين الغصب بأن الاول زالت يده عنها بالارافة والاقباض وثبت يد الثانى بخلاف الغصب ورجع صاحب المغنى أن الرهن لا يبطل بتخمير العصور وهذا كله يدل على ثبوت اليد على الخمر لا مكان عودها مالا (ومنها) مرافق الأملاك كالطرق والأفنية ومسيل المياه ونحوها هل هي مملوكة أو نبت فيها حق الاختصاص وفي المسألة وجهان : أحدهما ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك وبه جزم القاضى وابن عقيل في باب إحياء الموات وفي الغصب ودل عليه المصوص عن احمد فيمن حفر في فاته بئراً أنه متعد بحفره

في غير ملك ، وطرده القاضي ذلك حتى في حريم البشر ورتب عليه أنه لو باعه أرضاً بفنائها لم يصح البيع لأن الفناء لا يختص به إذ استطرافه عام بخلاف ما لو باع بطريقها وأورد ابن عقيل احتمالاً بصحة البيع بالفناء لأنه من الحقوق فهو كسيل المياه : والوجه الثاني الملك وصرح به الأصحاب في الطرق وجزم به في الكل صاحب المغنى وأخذ من نص أحمد والخرقى على ملك حريم البشر (ومنها) مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها فالسابق إليها أحق بها ، وهل ينتهي حقه بانتهاء النهار أو يمتد إلى أن ينقل قمشه عنها على وجهين ، وظاهر كلام أحمد في رواية حرب الأول لجريان العادة بانتفاء الزيادة عليه ، وعلى الثاني فلو أطل الجلوس فهل يصرف أم لا على وجهين لأنه يفضى إلى الاختصاص بالحق المشترك (ومنها) الجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح فيكون الجالس أحق بمجلسه إلى أن يقوم عنه باختياره قاطعاً للجلوس أما أن قام لحاجة عارضة ونيت العود فهو أحق بمجلسه ويستثنى من ذلك الصبي إذا قام في صف فاضل أو في وسط الصف فإنه يجوز نقله عنه صرح به القاضي ، وهو ظاهر كلام أحمد وعليه حمل فعل أبي بن كعب بقيس بن عباد .

والنوع الخامس حق التعلق لاستيفاء الحق وله صور :

(منها) تعلق حق المرتهن بالرهن ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزء من الدين حتى يستوفي جميعه (ومنها) تعلق حق الجناية بالجاني ومعناه أن حقه انحصر في ماله وله المطالبة بالاستيفاء منه ويتعلق الحق بمجموع الرقبة لا بقدر الارش (١) على ظاهر كلام الأصحاب ويبيع جميعه في الجناية ويوفي منه الحق ويرد الفضل إلى السيد ، وذكر القاضي في المجرد أن ظاهر كلام أحمد أنه لا يرد عليه شيء . وهذا صريح في تعلق الحق بالجميع وللاصحاب في العبد المرهون إذا جنى وكان في قيمته فضل عن الارش (٢) هل يبيع جميعه أو بمقدار الارش (٣) فيه وجهان لكن يبيع جميعه يندفع به عن السيد ضرر نقص القيمة بالتشقيص (ومنها) تعلق حق الغرماء بالتركة هل يمنع انتقالها بالارث على روايتين وهل هو كتعلق الجناية أو الرهن ؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك وصرح الاكثرون بأنه كتعلق الرهن ويفسر بثلاثة أشياء أحدها أن تعلق الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها ولا ينفك منها شيء حتى يوفي الدين كله . وصرح بذلك القاضي في خلافه إذا كان الوارث واحداً قال وإن كان جماعة انقسم عليهم بالحصص ويتعلق كل حصة من الدين بنظيرها من التركة وبكل جزء منها فلا ينفك منها شيء حتى يوفي جميع تلك الحصة ولا فرق في ذلك بين أن

(١) - (٣) في نسختي الدار : الارث .

يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق صرح به جماعة منهم صاحب الترغيب في التقليل
الثاني أن الدين في الذمة ويتعلق بالتركة وهل هو في ذمة الميت أو الورثة على وجهين سبق ذكرهما
والثالث أنه يمنع صحة التصرف وفي ذلك وجهان أيضاً سبقا وهل تعاق حقهم بالمال من حين
المرض أم لا ؟ تردد الأصحاب في ذلك ونقل الميموني عن أحمد فيمن عليه دين يحيط بجميع مترك
يجوز له أن يعتق ويهب يعني الميت قال نعم ! قلت هذا ليس له مال قال اليس ثلثه له قلت ليس هذا
المال له قال اليس هو الساعة في يده قلت بلى ! ولكنه لغيره قال دعها فانها مسألة فيها لبس والذي
كان عنده على ما ناظرته أن هذا جائز . واستشكل القاضي هذه الرواية فيما قرأته بخطه وجعل
ظاهرها صحة الوصية بالثلث مع الدين وحملها على أحد وجهين إما أن يكون حكم المريض مع
الغرماء كحكمهم مع الورثة لتعلق حق الجميع بماله فلا يكون ممنوعاً من التصرف بالثلث مع واحد منهما .
أو أن يقف صحة تصرفه على إجازة الغرماء . وقال الشيخ تقي الدين هي بدل على أن الغرماء لا يتعلق
حقهم بالمال إلا بعد الموت لأن حقهم في الحياة في ذمته والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين فيبقى
الثلث الذي ملكه الشارع التصرف فيه لا مانع له من التصرف فيه فينفذ تصرفه فيه منجزاً لا معلقاً
بالموت بخلاف الزائد على الثلث إذا لم يكن عليه دين فإن حق الورثة يتعلق به في مرضه إذ لا حق لهم في
ذمته . قلت : وتردد كلام القاضي وابن عقيل في خلافهما في المريض هل لورثته منعه من انفاق جميع ماله
في الشبوات أم لا ؟ فقي موضع جز ما بثبوت المنع لهم لتعلق حقهم بماله وأنكر ذلك في مواضع (ومنها)
تعلق حق الموصي له بالمال هل يتبع الانتقال إلى الورثة جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين
ومنهم أبو الخطاب في انتصاره وأبو الخسین في فروعه ويشهد لذلك قول طائفة من الأصحاب
أن الموصي به قبل القبول على ملك الورثة وجزم القاضي في خلافه بعدم انتقاله إلى الورثة مفرقا
بين الدين والوصية بأن حق الموصي له في عين التركة ولا يملك الورثة إبدال حقه بخلاف الدين
فإن حق صاحبه في التركة والذمة وللورثة التوفية من غيره وأخذ ذلك بما رواه ابن منصور عن
أحمد فيمن أوصى أن يخرج من ماله كذا وكذا في كذا وكذا سنة قال لا يقسم المال حتى ينفذوا
ما قال إلا إن يضمنوا أن يخرجوه فلم يأن يقسموا البقية وكذلك في المجرد والفصول في باب
الشركة أن الموصي له أن كان معيناً فهو شريك في قدر ما وصى له به وإن كان غير معين كالفقراء
والمساكين لم يجز للورثة التصرف حتى يفردوا نصيب الموصي له وما يدل على عدم انتقاله إلى الورثة
أن المشهور عندنا صحة الوصية بالزائد على الثلث وإن إجازة الورثة لها تنفيذ لا ابتداء عطية
(ومنها) تعلق الزكاة بالنصاب هل هو تعلق شركة أو ارتهان أو تعلق الاستيفاء كالجناية اضطرب

كلام الاصحاب في ذلك اضطرابا كثيرا . ويحصل منه ثلاثة اوجه : احدها انه تعلق شركة وصرح به القاضي في موضع من شرح المذهب وظاهر كلام ابي بكر يدل عليه وقد بينه في موضع آخر والثاني تعلق استيفاء وصرح به غير واحد منهم القاضي ، ثم منهم من يشبهه بتعلق الجناية ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة . والثالث انه تعلق رهن وينكشف هذا النزاع بتحرير مسائل :

(منها) ان الحق هل هو متعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة فيه غير معين ؟ وقد نقل القاضي وابن عقيل الاتفاق على الثاني (ومنها) أنه مع التعلق بالمال هل يكون ثابتا في ذمة المالك ام لا ؟ وظاهر كلام الاكثرين انه على القول بالتعلق بالعين لا يثبت في الذمة منه شيء الا ان يتلف المال او يتصرف فيه المالك بعد الحول . فظاهر كلام ابي الخطاب وصاحب المحرر في شرح الهداية انا اذا قلنا الزكاة في الذمة فيتعلق بالعين تعلق استيفاء محض كتعلق الديون بالتركة وهو اختيار الشيخ تقي الدين شيخ الاسلام ابن تيمية وهو حسن (ومنها) منع التصرف والمذهب أن لا يمنع كما سبق (ومنها) اعني صور تعلق الحقوق بالاموال تعلق حق غرماء المفلس بماله بعد الحجر وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه (ومنها) تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له وقد ذكر القاضي في المجرد أن هذا التعلق هل يصح شراء السيد منه كالمالك المكتوب مع سيده أولا ؟ كالموهون بالنسبة الى الراهن على احتمالين وهذا لا يتوجه على ظاهر المذهب ، وهو تعلق ديونه بذمة السيد وانما يتوجه على قولنا يتعلق برقة العبد وقد صرح في الخلاف الكبير ببناء المسألة على هذا (ومنها) تعلق حقوق الفقراء بالهدى والاضاحي المعينة ويقدمون بما يجب صرفه اليهم منها على الغرماء في حيلة الموجب وبعد وفاته .

(القاعدة السادسة والثمانون)

المالك اربعة انواع : ملك عين ومنفعة ، وملك عين بلا منفعة ، وملك منفعة بلا عين ، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة .

اما النوع الاول فهو عامة الاملاك الواردة على الاعيان المملوكة بالاسباب المقتضية لها من بيع وهبة وارث وغير ذلك . واعلم أن ابن عقيل ذكر في الواضح في أصول الفقه اجماع الفقهاء على ان العباد لا يملكون الاعيان وإنما مالكا الاعيان خالقها سبحانه وتعالى وان العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعا فمن كان مالكا لعموم الانتفاع فهو المالك المطلق ومن كان مالكا لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يمتاز به كالمستأجر والمستعير وغير ذلك .

وكذا ذكر ابن الزاغوني في كتاب غرر البيان ورجحه الشيخ تقي الدين رحمه الله . فعلى هذا جميع الاملاك انما هي ملك الانتفاع ولكن التقسيم هنا وارد على المشهور .

النوع الثاني ملك العين بدون منفعة وقد اثبتته الاصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر أو تركها للورثة وقد قال احمد في رواية منها فيمن أوصى بخدمة عبده أو ظهر دابة تركب أو بدار تسكن . فقال الدار لا بأس بها واكره العبد والدابة لأنهما يموتان قال أبو بكر الذي أقول به أن الوصية تصح في جميع ذلك لأن الدار تخرب أيضاً وحمل القاضي كلام احمد على الكراهة دون ابطال الوصية . قال الشيخ تقي الدين رحمه الله لم يرد احمد أن الوصية لا تجوز إلا بما يدوم نفعه فان هذا لا يقوله أدنى من له نظر في الفقه فضلاً عن أن يكون هذا الامام ، وانما أراد أن العبد والدابة إذا أوصى بمنافعهما على التأيد فلم يترك للورثة ما ينتفعون به فلا يجوز أن يحسب ذلك عليهم من الميراث فانه لا فائدة في الرقبة المجردة عن المنافع بل هو ضرر محض بجواز الوصية وقد شرط الله تعالى لجواز الوصية عدم المضارة لكن ان قصد الموصي ايصال جميع المنافع إلى الموصى له فهذه وصية بالرقبة فلا يحتسب على الورثة منها شيء ولا يصح الايصاء معها بالرقبة وان قصد مع ذلك إبقاء الرقبة للورثة أو الايصاء بها لآخر بطلت الوصية لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص والرقبة لآخر ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين فيبطلان . اما ان وصى في وقت بالرقبة لشخص وفي آخر بالمنافع لغيره فهو كمالو وصى بعين لاثنين في وقتين واستدل على أن تملك جميع المنافع تملك للعين بالرقبي والعمرى فانها تملك للرقبة حيث كانت تملك بالمنافع في الحياة وهذا المعنى منتف في الوصية بسكنى الدار لان هذا تملك منفعة خاصة ينتهى بموت الموصى له وبخراب الدار فيعود الملك إلى الورثة كما يعود الملك في السكنى في الحياة .

النوع الثالث ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق وهو ضربان : احدهما ملك مؤبد ويندرج تحته صور :

(منها) الوصية بالمنافع كما سبق ويشمل جميع أنواعها الا منفعة البضع فان في دخولها بالوصية وجهين (ومنها) الوقف فان منافعه وثمراته مملوكة للوقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لها فوائد متعددة (ومنها) الارض الخراجية المقررة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافعها على التأيد . والضرب الثاني ملك غير مؤبد فمنه الاجارة ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة ، ومنه ما هو غير موقت لكنه غير لازم كالعارية على وجه وإقطاع الاستغلال .

النوع الرابع ملك الانتفاع المجرد وله صور متعددة :

(منها) ملك المستعير فانه يملك الانتفاع لا المنفعة الا على رواية ابن منصور عن احمد أن العارية المؤقتة تلزم كذا قال الاصحاب ويمكن أن يقال لزوم العارية المؤقتة انما يدل على وجوب الوفاء ببدل الانتفاع لا على تملك المنفعة (ومنها) المتفع بملك جاره من وضع خشب وعمر في دار ونحوه وان كان بعقد صلح فهو اجارة (ومنها) اقطاع الارفاق كمقاعد الأسواق ونحوها . (ومنها) الطعام في دار الحرب قبل حيازته يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة وقياسه الأكل من الاضحية والتمر المعلق ونحوه (ومنها) أكل الضيف لطعام المضيف فانه اباحة محضة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا وعن أحمد رواية باجزاء الاطعام في الكفارات وينزل على أحد قولين إما ان الضيف يملك ما قدم اليه وان كان ملكا خاصا بالنسبة إلى الأكل وإما ان الكفارة لا يشترط فيها تملك (ومنها) عقد النكاح وترددت عبارات الاصحاب في مورده هل هو الملك أو الاستباحة فمن قائل هو الملك . ثم ترددوا هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الانتفاع بها (١) وقيل بل هو الحل لا الملك ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها وقيل بل المعقود عليه ازدواج كالمشاركة ولهذا فرق الله سبحانه بين الازدواج وملك اليمين واليه ميل الشيخ تقي الدين فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات

(القاعدة السابعة والثمانون)

فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال ، أما الأملاك التامة فقابلية للنقل بالعوض وغيره في الجملة ، وأما ملك المنافع فان كان بعقد لازم ملك فيه نقل الملك بمثل العقد الذي ملك به أو دونه دون ما هو أعلى منه ويملك المعاوضة عليه أيضا صرح به القاضي في خلافه ويندرج تحت هذا صور :

(منها) اجارة المستأجر جائزة على المذهب الصحيح بمثل الاجرة وأكثر وأقل (ومنها) اجارة الوقف (ومنها) اجارة المنافع الموصى بها وصرح بها القاضي في خلافه (ومنها) اجارة المنافع المستثناة في عقد البيع (ومنها) اجارة [أرض] العنوة الخراجية والمذهب الصحيح صحتها وهو نص أحمد ولكن استحب المزارعة فيها على الاستئجار وحكى القاضي وابن عقيل رواية أخرى بالمنع كرباع مكة (٢) وقد أشار أحمد في رواية حنبل الى كراهة منعها وسند كره في موضعه (ومنها) اعارة العارية المؤقتة اذا قيل بازومها وملك المنفعة فيها فانه يجوز ولا تجوز الاجارة لأنها أعلى صرح به

(١) يابض في نسختنا بقدر ثلاث كلمات (٢) في نسختي الدار : كرباع هذه .

القاضي في خلافه وأما إجارة اقطاع الاستغلال التي موردها منفعة الأرض دون رقبته فلا نقل فيها نعليه ، وكلام القاضي قد يشعر بالمنع لأنه جعل مناط صحة الإجارة النافع لزوم العقد وهذا منتف في الاقطاع وقد قال الشيخ تقي الدين رحمه الله يجوز وجعل الخلاف فيه مبتدعا وقرره بان الامام جعله للجنود عوضا عن أعمالهم فهو كالمملوك بعوض ولأن اذنه في الإيجار عرفي فجاز كما لو صرح به ولو نهايا الشر كان على الأرض وفلنا لا يلزم فهل لأحدهما إجارة حصته الأظهر جوازه لأن المهابات اذا فسخت عاد الملك مشاعا فيخرج على الخلاف في إجارة المشاع وتستثنى من ذلك الحقوق الثابتة دفعا للضرر الاملاك فلا يصح النقل فيها بحال وتصح المعاوضة على اثباتها واستيفائها ، وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك فهل يصح نقل الحق فيها أم لا ؟ ان كانت لازمة جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض وفي حوازه بعوض خلاف ويندرج ذلك في (١) مسائل (منها) ما ثبتت عليه يد الاختصاص كالسكب والزيت النجس المنتفع به فانه تثقل اليد فيه بالارث والوصية والإعارة في السكب وفي الهبة وجهان اختار القاضي عدم الصحة وخالفه صاحب المغنى وليس بينهما خلاف في الحقيقة لأن نقل اليد في هذه الأعيان بغير عوض جائز كالوصية وقد صرح به القاضي في خلافه ، وأما إجارة السكب فالمذهب انها لا تصح لأنها معارضة ولا مالية فيه وحكى ابو الفتح الحلواني فيها وجهين وكذا خرج ابو الخطاب وجهها بالجواز فيكون معاوضة عن نقل اليد ويرده النهى عن بيعه وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد (ومنها) المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع الا ان يقول بلزوم العارية كما سبق (ومنها) مرافق الاملاك من الألفية والأزقة المشتركة تصح إباحتها والأذن في الانتفاع بها كالأذن في فتح باب ونحوه قال في التلخيص ويكون إعارة على الأثبة وتجوز المعاوضة عن فتح الأبواب ونحوها ذكره في المغنى والتلخيص وهو شبيه بالمصالحة بعوض على إجراء الماء في أرضه أو فتح الباب في حائطه أو وضع خشب على جداره ونحوه ، وهذا متوجه على القول بملك هذه المرافق اما على القول بعدم الملك فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج في الدرب المشترك وأما [على] الشجرة ففيها خلاف معروف لكونها لا تدوم على حالة واحدة وأما الانتفاع بألفية الاملاك والمساجد بغير إذن من الملاك والامام فان كان فيه ضرر لم يجز والا ففى جوازه روايتان ذكره القاضي في الاحكام السلطانية وتجوز المصالحة بعوض على إسقاط حقه من وضع الخشب على جداره ونحوه ذكره في المجرد (ومنها) متحجر الموات ومن أقطعه الامام موانا ليحييه (٢)

(١) في نسختي الدار ويستثنى من (٢) بالأصل (ليحييه) .

لا يملكه بمجرد ذلك على المذهب لكن يثبت له فيه حق التملك فيجوز نقل الحق الى غيره بهبة واعارة وينتقل الى ورثته من بعده ودل له المعاوضة عنه على وجهين اصلهما المعاوضة عن الحقوق فان هذا حق تملك كما سبق وفارق الشفعة فان النقل فيها ممتنع لأنها من حقوق الاملاك فهي مما استثنى من القاعدة . قال احمد في رواية ابن منصور الشفعة لاتباع ولا توهب وحمل القاضي قوله لاتباع على ان المشتري ليس له أن يصالح الشفيع عنها بعوض قال لأنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز اخذ العوض عنه كخيار الشرط والمجلس بخلاف خيار القصاص والعيب لأنه يسقط الى الدية والارش والظاهر حمل قول احمد لاتباع ولا توهب على ان الشفيع ليس له نقلها الى غيره بعوض ولا غيره فاما مصالحته للمشتري فهو كالمصالحة على ترك وضع الخشب على جدار ونحوه . وذكر القاضي في باب الشفعة أيضاً أن خيار العيب تجوز المصالحة عنه بعوض وعلل بأن العيب يمنع لزوم العقد ومع عدم اللزوم تجوز الزيادة في الثمن والنقص منه فجعل الصلح هنا اسقاطاً من الثمن كالارش ، وعلى قياس خيار الشرط والمجلس لأن التصرف في الثمن بالنقص والزيادة فيه ممكن (ومنها) الكلاً والماء في الأرض المملوكة اذا قلنا لا يملك بدون الحيازة فللمالك الاذن في الاخذ وليس له المعاوضة عند أكثر الاصحاب . ووقع في المقنع والمحرر ما يقتضي حكاية روايتين في جواز المعاوضة وان قلنا بعدم المالك ولعله من باب المعاوضة عما يستحق بملكه فيلتحق بالقاعدة (ومنها) مقاعد الاسواق ومجالس المساجد ونحوها يصح نقل الحق فيهما بغير عوض لأن الحق فيهما لازم بالسبق ولو آثر بها غيره فسبق ثالث فجلس فهل يكون احق من المؤثر أم لا على وجهين . احدهما نعم لأن حق القائم زال بانفصاله فصار الحق ثابتاً بالسبق . والثاني لا ، لأنه لو قام الحاجة ونحوها لم يسقط حقه فكذا اذا آثر غيره لأنه اقامه مقام نفسه وبني بعضهم هذا الخلاف على القول بعدم كراهة الايثار بالقرب فاما ان قلنا بكراهيته فالسابق احق به وجهاً واحداً وفرق بعضهم بين مجالس المساجد ونحوها ومقاعد الاسواق فاجاز النقل في المقاعد خاصة لأنها منافع دينوية فهي كالحقوق المالية (ومنها) الطعام المباح في دار الحرب يجوز نقل اليد فيه الى من هو من أهل الاستحقاق من المغنم أيضاً لاشتراك الكل في استحقاق الانتفاع ولا يكون ذلك تمليكا لا تنفاه ملكه بالأخذ حتى لو احتاج الى صاع من برجيد وعنده صاعان رديتان فله ان يبدلها بصاع اذ هو مأخوذ على الاباحة دون التمليك صرح به القاضي وابن عقيل (ومنها) المباح اكله من مال الزكاة والاضاحي يجوز اطعامه للضيغان ونحوهم لاستقرار الحق فيه بخلاف طعام الضيافة ولا يجوز المعاوضة عن شيء من ذلك (ومنها) منافع الأرض الخراجية فيجوز نقلها بغير عوض إلى من يقوم

مقامه فيها وينتقل الى الوارث ويقوم مقام مورثه فيها : وكذلك يجوز جعلها مهر أنص عليه في رواية عبد الله ونص في رواية ابن هاني وغيره على جواز دفعها الى الزوجة عوضا عما يستحقه عليه من المهر وهذا معاوضة عن منافع المملوكة فاما البيع فكرهه احمد ونهى عنه واختلف قوله في بيع العبرة التي فيها لئلا يتخذ طريقا الى بيع رقبة الأرض التي لا تملك بل هي إمام وقف وأما للمسلمين جميعا ونص في رواية المروذي على أنه يبيع آلات عمارته بما يساوي وكره أن يبيع بأكثر من ذلك لهذا المعنى وكذلك نقل عنه ابن هاني أنه قال يقوم دكانه ما فيه من خلق وكل شيء يحدته فيه فيعطى ذلك ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان ورخص في رواية عنه في شرائها دون بيعها لأن شرائها استنقاذ لها بعوض ممن يتعدى الصرف فيها وهو جائز ورخص في رواية المروذي أيضا في بيع ما يحتاج اليه للنفقة منها فإن كان فيه فضل عن النفقة تصدق به وكل هذا بناء على أن رقبة هذه الأرض وقفها عمر رضي الله عنه ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى بجواز البيع مطلقا كالخلوات وابنه وكذلك خرجها ابن عقيل من نص احمد على صحة وقفها ولو كانت وقفها يصح وقفها وكذلك وقع في كلام أبي بكر وابن شاذان وابن أبي موسى ما يقتضي الجواز وله مأخذان : أحدهما أن الأرض ليست وقفها وهو مأخذ ابن عقيل وعلى هذا فإن كانت مقسومة فلا إشكال في ملكها وإن كانت فينا لبيت المال وأكثر كلام احمد يدل على أنه فهل تصير وقفها بنفس الانتقال الى بيت المال أم لا على وجهين . فان قلنا لا تصير وقفها فالإمام يبيعها وصرف ثمنها الى المصالح . وهل له إقطاعها إقطاع تملك على وجهين ذكر ذلك القاضي في الاحكام السلطانية : والمأخذ الثاني أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقبة فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض وهذا اختيار الشيخ تقي الدين ويدل عليه من كلام احمد أنه أجاز دفعها عوضا عن المهر ويشهد له ما تقدم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعددة وإن كان القاضي وابن عقيل والأكثرون صرحوا بعدم صحة بيع المنافع المجردة والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان أحدهما منافع الأعيان المملوكة التي تقبل المعاوضة مع أعيانها فهذه قد جاز الأصحاب بيعها في مواضع (منها) أن أصل وضع الخراج على العنوة إذا قيل هي في فانه ليس بأجرة بل هو شبيه بها ومتعدد بينها وبين البيع (ومنها) المصلحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه ونحوها وليس بأجرة محضة لعدم تقدير المدة وهو شبيه بالبيع (ومنها) لو اعتق عبده واستثنى خدمته سنة فهل له أن يبيعها منه على روايتين ذكرهما ابن أبي موسى وهما منصوصتان عن احمد ولا يقال هو لا يملك بيع العبد في هذه الحال لأن هذه المنافع كانت بملك المعاوضة عنها في حال الرق وقد استبقاها بعد زواله فاستمر حكم المعاوضة عليها كما يستمر حكم

وطء المكاتبه اذا استثناه في عقد الكتابة وهل الكتابة الاعدد معاوضة على المنافع .
النوع الثاني المنافع التي ملكت مجردة عن الاعيان أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة فهذا محل
الخلاف الذي تتكلم فيه ههنا والله اعلم .

(القاعدة الثامنة والثمانون)

في الانتفاع واحداث ما ينتفع به من الطرق المسلوكة في الامصار والقرى وهوائها وقرارها .
أما الطريق نفسه فان كان ضيقا أو أحدث فيه ما يضر بالمارة فلا يجوز بكل حال ، وأما مع
السعة وانتفاء الضرر فان كان المحدث فيه متابدا كالبناء والغراس فان كان لمنفعة خاصة بأحد الناس لم
يجز على المعروف من المذهب وان كان لمنفعة عامة فقيه خلاف معروف ؛ منهم من يطلقه ومنهم
من يخصه بحالة انتفاء إذن الامام فيه وإن كان غير متأبد ونفعه خاص كالجلوس وإيقاف الدابة
فيه فقيه خلاف أيضا . وأما القرار الباطن فحكمه حكم الظاهر على المنصوص . وأما الهواء فان كان
الانتفاع به خاصا بدون إذن الامام فالمعروف منعه وبإذنه فيه خلاف ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة
(منها) اذا حفر في طريق واسع بئرا فان كان لنفع المسلمين فقيه طريقتان . أحدهما ان كان
بإذن الامام جاز وان كان بدون إذنه فقيه روايتان قاله القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر . والثاني
فيه روايتان على الإطلاق قاله أبو الخطاب وصاحب المغنى اذ البئر مظنة العطب ، وان كان الحفر
لنفسه ضمن بكل حال ولو كان في فناءه نص عليه ولا يجوز إذن الامام فيه عند الاصحاب . وفي الاحكام
السلطانية للقاضي إن له التصرف في فناءه بما شاء من حفر وغيره اذا لم يضر وأما في فناء غيره فان
أضر بأهله لم يجز وان لم يضر جاز وهل يعتبر اذنهم أو اذن الامام في فناء المسجد على وجهين
(ومنها) إذا بنى مسجدا في طريق واسع لم يضر بالمارة قال الاكثرون من الاصحاب ان كان باذن
الامام جاز والا فروايتان وقال أحمد في رواية ابن الحكم أكره الصلاة في المسجد الذي لا يؤخذ
من الطريق الا أن يكون باذن الامام ، ومنهم من أطلق الروايتين وكلام أحمد أكثر غير مقيد ل
في رواية المروزي المساجد التي في الطرقات حكمها ان تهدم . وقال اسماعيل الشاذلي سألت أحمد
عن طريق واسع للمسلمين عنه غنى وبهم الى أن يكون هناك مسجد حاجة هل يجوز أن يبنى هناك
مسجد ؟ قال لا بأس بذلك اذا لم يضر بالطريق . قال وسألت أحمد هل يبنى على خندق مدينة المسلمين
مسجد للمسلمين عامة قال لا بأس بذلك اذا لم يضر بالطريق . قال الجوزجاني في المترجم والذي عني
أحمد من الضرر بالطريق ما وقت النبي صلى الله عليه وسلم من السبع الا ذرع كذا قال ومراده انه

يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع والمنصوص عن أحمد أن قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا اختلفتم في الطريق فأجعلوه سبعة أذرع في أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء فيها وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق وبذلك فسر ابن بطّة وأبو حفص العكبري والأصحاب وأنكروا جواز تضيق الطريق الواسع إلى أن يبقى منه سبعة أذرع (ومنها) بناء غير المساجد في الطرقات فإن كان البناء للوقف على المسجد فهو كبناء المسجد قاله الشيخ تقي الدين بن تيمية وكذا إن كان لمصلحة عامة كخان مسبل ونحوه وإن كان لمنفعة تختص بأحد الناس فالمشهور عدم جوازه لأن الطريق مشترك فلا يملك أحد إسقاط الحق المشترك منه والاختصاص به ولا يملك الإمام الاذن في ذلك وفي كتاب الطرقات لابن بطّة أن بعض الأصحاب أفق بجوازه وأخذه من نص أحمد في بناء المسجد والفرق واضح لأن بناء المسجد حق الاشتراك فيه باق غير أنه انتقل من استحقاق المرور إلى استحقاق اللبس للعبادة وكلام أحمد يدل على المنع قال في رواية ابن القاسم إذا كان الطريق قد سلكه الناس وصير طريقا فليس لأحد أن يأخذ منها شيئا قليلا ولا كثيرا وقال في رواية العباس ابن موسى إذا نصب الماء عن جزيرة لم يبن فيها لأن فيها ضررا وهو أن الماء يرجع قال القاضي معناه إذا بنى في طريق المارة فضرر بالمارة في ذلك الطريق فلم يجوز له وكره في رواية ابن بختان أن يطحن في الغروب وقال ربما غرقت السفن وقال في رواية مثنى إذا كانت في طريق الناس فلا يعجنى والغروب كأنها طاحون يصنع في النهر الذي تجرى فيه السفن وكره شراء ما يطحن فيها وذكر ابن عقيل في الغربية في النهر إن كان وضعها بأذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل بحيث يمكن الاحتراز منه جاز والا لم يجز ، ولعل الغربية كالسفينة لا تتأبد بخلاف البناء وحكم الغراس حكم البناء وقد قال أحمد في النخلة المغروسة في المسجد أنها غرس بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام كان أولى ومن الأصحاب من أطلق فيها الكراهة كصاحب المبهج وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء ونص أحمد في رواية ابن هاني وابن بختان في دار السبيل يغرس فيها كرم قال إن كان يضر بهم فلا وظاهره جوازه مع انتفاء الضرر ولعل الغرس كان لجهة السبيل أيضا (ومنها) اختصاص آحاد الناس في الطريق باتتفاع لا يتأبد فمن ذلك الجلوس للبيع والشراء فقال الأكثرون إن كان الطريق واسعا ولا ضرر في الجلوس بالمارة جاز بأذن الإمام وبدون اذنه والا لم يجز وللإمام أن يقطعه من شاء وذكر القاضي في الأحكام السلطانية في جوازه بدون اذن الإمام روايتين وحكى في كتاب الروايتين في المسئلة روايتين بالجواز والمنع ثم حملها على اختلاف حالتين فالجواز إذا لم يضر بالمارة والمنع إذا ضرر وجعل حق الجلوس كحق الاستطراق لأنه لا يعطل

حق المرور بالسكينة فهو كالقيام لحاجة وأظن ابن بطة حكى قبله روايتين مطلقتين في الجواز وعدمه وكذلك ذكر صاحب المقنع في الجلوس في الطريق الواسع هل يوجب ضمان ما عثر به على روايتين وذلك يدل على الخلاف في جوازه ، وأما القاضى فقال لا يضمن بالجلوس رواية واحدة. ومن ذلك لوربط دابته أو وقفها في الطريق والمنصوص منعه قال في رواية أبي الحارث إذا أقام دابته على الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له في الطريق حق ، وكذا نقل عنه أبو طالب وحنبل ضمان جناية الدابة إذا ربطها في الطريق ، وكذا أطلق ابن أبي موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة التضييق والسعة وما أخذناه أن طبع الدابة الجناية بفمها أو رجلها فايقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه . وحكى القاضى في كتاب الروايتين رواية أخرى بعدم الضمان إذا وقف في طريق واسع لقول أحمد في رواية أحمد بن سعيد إذا وقف على نحو ما يقف الناس أو في موضع يجوز أن يقف في مثله فنفتحت يده أو رجل فلا شئ عليه قال القاضى ظاهره انه لا ضمان إذا كان واقفا لحاجة وكان الطريق واسعا ، وأما الأمدى فحمل المنع على حالة ضيق الطريق والجواز على حالة سعته والمذهب عنه الجواز مع السعة وعدم الاضرار رواية واحدة ومن المتأخرين من جعل المذهب المنع رواية واحدة وصرح صاحب التلخيص بجريان الخلاف في صورتي القيام والربط وخالف بعض المتأخرين وقال الربط عدوان بكل حال وربط السفينة وارسائها في النهر المسلوك . قال ابن عقيل ان كان باذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل جاز والا لم يجز وخالف بعض الأصحاب في اعتبار اذن الإمام في هذا لتكرره قال الميموني ملت أنا وأبو عبد الله الى الزواريق يعنى في دجلة فاكثرى زورقامن الزواريق فرأيت يتخطى زواريق عدة لأناس ولم أره استاذن احدا منهم قال بعض الأصحاب لأنه حريم دجلة وهو مشترك بين المسلمين فلما ضيقوه جاز المشى عليه وعلى قياس ذلك لو وضع في المسجد سرير ونحوه جازت الصلاة عليه من غير استئذان بخلاف ما إذا بسط فيه مصلى وقلنا لا يثبت به السبق فانه يرفع ويصلى موضعه ولا يصلى عليه لان رفعه لامشقة فيه . ومن ذلك الانتفاع بالطريق بالقاء الكناسه والاقدار فان كان نجاسة فهو كالتخلى في الطريق وهو منهي عنه لكن هل هو نهى كراهة أو نهى تحريم كلام الأصحاب مختلف في ذلك وان كان مما يحصل به الزلق كرش الماء وصبه والقاء قشور البطيخ أو يحصل به العثور كالحجر فلا يجوز والضمان واجب به وقد نص عليه أحمد في رش الماء قال في الترغيب إلا أن يرشه ليسكن به الغبار فهو مصلحة عامة فيصير كحفر البئر السابلة وفيه روايتان (ومنها) الحفر في الطريق وهو ممنوع سواء تركه ظاهراً أو غطاءه واسقف عليه قال المروذى سألت أبا عبد الله عن الرجل يحفر في فناءه البئر أو المخرج المغلق

قال لا هذا طريق للمسلمين قلت انما هي بئر تحفر ويسد رأسها قال أليس في طريق المسلمين اكره هذا كله فممنع من التصرف في باطن الطريق بالحفر ونقل عنه ابن هانيء وابن بختان والفضل بن زياد في رجل في داره شجرة فنبت من عروقها شجرة في دار رجل آخر لمن هذه الشجرة قال ما أدري ما هذا وربما كان ضرراً على صاحب الأرض قال القاضي وظاهر هذا أنه اذا لم يكن فيها ضرر وهو أن تكون عروقها تحت الأرض لا يؤخذ بقلمها لأن الضرر انما يكون بظهورها على وجه الأرض انتهى وفيه نظر وصرح ابن عقيل في الواضح في أصول الفقه بوجوب ازالة عروق شجرته من أرض غيره (ومنها) اشراع الاجنحة والساباطات والخشب والحجارة في الجدار الى الطريق فلا يجوز ويضمن به نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وابن منصور ومهنا وغيرهم ولم يعتبر اذن الامام في ذلك وكذلك ذكر القاضي في المجرد وصاحب المغنى وقال القاضي في خلافة الأكثرين يجوز باذن الامام مع انتفاء الضرر به وفي شرح الهداية للشيخ مجد الدين في كتاب الصلاة ان كان لا يضر بالمارة جاز وهل يفنقر الى اذن الامام على روايتين احدهما يفنقر لأنه ملك مشترك بين المسلمين فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة الا للامام . والثانية لا يفنقر لأن منفعة الطريق المرور وهو لا يختل بذلك وأما المازيب ومسيل المياه فكذلك عند الأصحاب قال المروذي سقف لابي عبد الله سطح الحاككة وجعل مسيل المياه الى الطريق وبات تلك الليلة فلما أصبح قال ادع لي النجار يحول الميزاب الى الدار فدعوته له فحواله وهذا لا يدل على التحريم لأنه لو اعتقده محرماً لم يفعله ابتداءً وانما حوله تورعاً لحصول الشبهة فيه وفي المغنى احتمال بجوازه مطلقاً مع انتفاء الضرر واختاره طائفة من المتأخرين وقال الشيخ تقي الدين اخراج الميازيب الى الدرب النافذ هو السنة وذكر حديث العباس في ذلك والمتأمنون يقولون ميزاب العباس وضعه النبي صلى الله عليه وسلم بيده فكان أباغ من ادنه فيه ولا كلام فيما اذن فيه الامام

﴿ القاعدة التاسعة والثمانون ﴾

أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد واتلاف أما عقود الضمان فقد سبق ذكرها وكذلك سبق ذكر الأيدي الضامنة وأما الاتلاف فالمراد به أن يباثر الاتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والاحراق أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الاتلاف بان يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً أو يوجب نارا في يوم ريح عاصف فيتعدى الى اتلاف مال الغير أو كان الماء محتبساً بشئ وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه وسواء كان له اختبار في انطلاقه أو لم يكن فدخل تحت ذلك ما اذا حل وكما زق مائع فاندفق

أو فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل عبداً بقاءه ربه هذا هو الذي ذكره ابن حامد والقاضي والاكثرون
لأنه تسبب الى الاتلاف بما يقتضيه عادة واستثنى ابن عقيل في فتونه ما كان من الطيور بألف البروج
ويعتاد العود فقال لا ضمان في إطلاقه وإن لم يعد لأن العادة جارية بعوده فليس إطلاقه اتلافاً وقال
أيضاً في الفنون الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمي وما لا يحال عليه الضمان
كالحيوانات والجمادات فإذا حل قيد العبد لم يضمن لأن العبد له اختيار ويصح إحالة الضمان عليه
فيقطع مباشرته للتلف بسبب مطلقه وهذا الذي قاله ابن الصبح لو كان العبد من أهل الضمان لسيد
فأما إذا لم يكن من أهل الضمان للسيد تعين إحالة الضمان على المتسبب ولهذا قال الأصحاب إن جناية
العبد المصوب على سيده مضمونة على الغاصب حيث لم يكن العبد من أهل الضمان للسيد فأحيل على
الغاصب لتعديده بوضع يده عليه مع أنه ليس سبباً للجناية ولكن خرج ابن الزاغوني في الاقتناع وجهاً
آخر أنه لا ضمان على الغاصب لأن الجناية من أصلها غير قابلة للتضمن لتعلقها بالرقبة المملوكة
للجنى عليه فلا يلزم الغاصب شيء منها ولا يلزم مثله في مطلق العبد لأنه متسبب الى الاتلاف فإذا
لم يمكن إحالة الضمان على المباشر أحيل على المتسبب صيانة للجناية على مال المعصوم عن الإهدار
مهما أمكن وخرج الآمدي وجهاً آخر أن جناية العبد على سيده مضمونة عليه في ذمته يتبع بها بعد
عتقه . وههنا فرع متردد فيه بين ضمان اليد وضمان الاتلاف وهو ما إذا حفر بئراً عدواناً أو نصب
شبكة أو منجلاً للصيد ثم مات ثم وقع في البئر حيوان مضمون أو عثر بآلات الصيد حيوان مضمون
فإن جعلناه من باب الاتلاف ضمن من التركة وبه صرح في المجرى وابن عقيل في الفصول في باب
الرهن حتى قالوا لو بيعت التركة لفسخ في قدر الضمان منها لسبق سيده ولو كانت التركة عبداً فأعتقه
الورثة قبل الوقوع ضمنوا بقيمة العبد كما مرهون صرح به القاضي في الخلاف وإن جعلناه من ضمان اليد
فهل يجعل كيد المشاهدة بعد الموت أو يجعل اليد لمن انتقل الملك اليه يحتمل على وجهين أصلهما اختلاف
الأصحاب فيما لو نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته هل هو تركة مورثة جعلاً لها كيد المشاهدة أو
هو ملك للورثة لأنها صارت كأيديهم ؟ والذي صرح به القاضي وابن عقيل أنه تركة مورثة وقال
ابو الخطاب في الانتصار بل هو ملك للورثة بانتقال ملك الشبكة اليه كما يتولد من النتاج الموروث
ويشمر من الشجر وأما في العدوان المجرى فيحتمل أن ينقطع حكمه بموته ويحتمل أن يكون ضمانه
من تركة المتعدى لانعقاد سيده في حياته ويشبه ذلك الخلاف فيمن مال حائطه فطولب بنقصه فباعه
ثم سقط هل يسقط عنه الضمان فيه وجهان سبق ذكرهما وهل يجب الضمان على من انتقل الملك
اليه إذا استدامه أم لا ؟ الأظهر وجوبه عليه كمن اشترى حائطاً مائلاً فانه يقوم مقام البائع فيه

فاذا طو لب بازائه فلم يفعل ضمن على رواية ولو حفر عبده بئراً عدواناً بغير إذنه ثم أعتقه ثم تلف بها مال أو غيره ففي المغنى الضمان على العبد لاستقلاله بالجناية وفي التلخيص هو على السيد بقدر قيمة العبد فما دون ثبوته عايه قبل العتق بذلك فقد وجد السبب في ملكه فلا ينتقل وهو بعيد تنبيه - لو أتلغ الغاصب المنصوب ضمنه ضمان إتلاف ويد وقد نص أحمد على أن من أمسك صيداً في الحرم ثم كفر عنه ثم ذبحه أنه يجزيه وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد وإلا لما جاز تقديم كفارة الإتلاف عليه ويدل أيضاً على جواز تقديم الكفارة وإن كان موجباً معصية وفيه وجه بالمنع ذكره القاضي في تعليقه لأن التقديم رخصة فلا تستباح بمحرم

(القاعدة التسعون)

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفى الضمان عما يستولى عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل ويد لا يثبت لها الملك وينتفى عنها الضمان. ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان أما الأولى فيدخل فيها صور :

(منها) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب (ومنها) استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الأصحاب وينتفى الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضاً بما ثبت عليه الأيدي كأم الولد ومالم يحوزوه إلى دارهم وما شرد اليهم من دواب المسلمين وارقائهم (١) على قولنا أنهم لا يملكون ذلك أيضاً (ومنها) استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان وإن كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلغه على أصح الوجهين وهو المذهب عند صاحب المحرر . وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور :

(منها) من له ولاية شرعية بالقبض (ومنها) من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمنه وقد نص أحمد فيمن أخذ أبقاً ليرده إلى سيده فهرب منه أنه لا ضمان عليه لكن أخذ الأبق فيه اذن شرعى وفي التلخيص وجه آخر بالضمان في المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية وهو ضعيف ولو كان القابض حاكماً فهو أولى بنفى الضمان لعموم ولايته وفي التلخيص فيما إذا حمل المنصوب إليه ليدفعه إلى مالكه فهل يلزمه قبوله على وجهين وصحح اللزوم وهو تفريق بين الحاكم وغيره وفي المجرد والفصول والمغنى ليس للحاكم انتزاع مال الغائب المنصوب إلا أن يكون له ولاية عليه

(١) في نسختنا وارقائهم والتصحيح عن ٧١١

بوجه مماثل أن يجده في تركة ميت ووارثه غائب فله الأخذ لأن له ولاية على تركة الميت بتنفيذ وصاياه وقضاء ديونه أو يجدها في يد سارق فيقطعه وتنتزع منه العين تبعاً لولاية القطع والمسئلة المذكورة في مسئلة وجوب القصاص للغائب (١) ومسئلة قطع السارق لمال الغائب (ومنها) الطائفة الممتنعة عن حكم الامام كالبلغاة لا يضمن الامام وطائفته ما أتلّفوه عليهم حال الحرب وفي تضمينهم ما أتلّفوه على الامام في تلك الحال روايتان أصحهما نفي الضمان الحاقاً لهم بأهل الحرب. وأما أهل الردة اذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم منعة ففى تضمينهم روايتان واختار أبو بكر عدم التضمن الحاقاً لهم بأهل دار الحرب. وأما اليد الثالثة فهى اليد العارية التى يترتب عليها الضمان

(القاعدة الحادية والتسعون)

يضمن بالعقد وباليد الاموال المحضنة المنقولة اذا وجد فيها النقل. فاما غير المنقول فالمشهور عند الاصحاب أنه يضمن بالعقد وباليد أيضاً كما يضمن فى عقود التملكات بالاتفاق ونقل ابن منصور عن احمد أن العقار لا يضمن بمجرد اليد فى الغصب من غير اتلاف وكذلك قال أبو جعفر (٢) المكبرى فى العارية فيما قرأته بخط القاضى وأما المنقول فان حصل نقله ترتب عليه ضمان اليد والعقد وان لم يوجد النقل فهل يضمن بالعقد فيه كلام سبق فى أحكام القبوض وأما اليد المجردة فقال القاضى فى خلافه لا يتوقف الضمان بها على النقل أيضاً كالعقد وكما يصير المودع ضامناً بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا ازالة يد ورتب على ذلك أنه لو باع الغاصب العين المغصوبة وخلق بينه وبين المشتري فتلقت قبل النقل ثم جاء المالك ان له ان يضمن المشتري قال وان سلمناه تعين منع تضمينه فلا أنه لم يحصل كمال الاستيلاء وهو النقل فيما يمكن نقله وانما تردد فى هذا لأنه فرع متردد بين الضمان بالعقد وباليد وفى التاخييص اثبات اليد [وجزم ابن عقيل فى نظرياته بان المشتري ما هنا لا يضمنه ضمان غصب وان كان يضمنه فى البيع الصحيح ضمان عقد بمجرد التخلية وقاسه على العقار فان البائع اذا خلق بينه وبين المشتري صار من ضمانه بالعقد واو ظهر له مستحق لم يضمنه بذلك ضمان غصب فيما يقبل النقل] (٣) الا فى الدابة فان ركبها كاف وكذلك الجلوس على الفرش لأنه غاية الاستيلاء وصرح القاضى فى خلافه بمثل ذلك فى الدابة وأما غير الاموال

(١) فى ٧١١: للغاصب (٢) فى ٧١١: أبو حفص

(٣) ماين المربعين أضيف عن نسخة ٧١١ وفى نسختها فيما ينتقل بالنقل

المحضنة فنوعان : أحدهما ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها كأم الولد والمكاتب والمدير فيضمن باليد على ما ذكره القاضي والأصحاب وكذلك يضمن بالعقد الفاسد في قياس المذهب قاله أبو البركات في تعليقه على الهداية والثاني الحر المحض هل تثبت عليه اليد فترتب عليه الضمان أم لا المعروف من المذهب أن الحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن به بحال ولو كان تابعا لمن تثبت عليه اليد كن غصب أمة حاملا بحر ذكره القاضي في خلافه بما يشعر أنه محل وفاق وحكي للقاضي في خلافه أيضا وتابعه صاحب المحرر في ثبوت اليد على الحر الصغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين لشبهه بالعبد حيث يتمكن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقه وقال القاضي في مواضع متعددة من خلافه تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبني على ذلك أن الأجير الخاص إذا سلم نفسه إلى مستأجره فلم يستعمله استقرت له الأجرة لتلف منفعته تحت يده . وكذلك يجب المهر بالخلوة في النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء وكذلك لو تداعا اثنان زوجية امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما فهي له ترجيحاً باليد كذا ذكره القاضي وإنما يتوجه على قولنا بتقديم بينة الداخل وحكي صاحب التلخيص وجها بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته ورتب عليه صحة اجارة المستأجر للأجير الخاص وجزم الأزجي في النهاية بصحته وبني عليه جواز صحة اجارة الكافر للمسلم المستأجر معه وذكر احتمالين وبني صاحب التلخيص أيضا على ذلك غصب الحر وحبسه عن العمل فان في ضمان أجرته وجهين

تنبيه - من الأصحاب من قال منفعة البضع لا تدخل تحت اليد وبه جزم القاضي في خلافه وابن عقيل في تذكرته وغيرهما وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المنصوبة وإن الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر . وخالف ابن المنى وجزم في تعليقه بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح وذكر في الحرية تردداً لامتناع ثبوت اليد عليها وقد يتفرع على ذلك أن الأمة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت بالولادة ضمنها الواطئ بخلاف الحرية إذا زنى بها كرها فحملت ثم ماتت من الطلق قال في التلخيص لأن الاستيلاء كانه اثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية على الرحم والحرية لا تدخل تحت اليد ومجرد السبب ضعيف وفي المغنى يضمنها مطلقا لحصول التسبب في التلف

﴿ القاعدة الثانية والتسعون ﴾

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك أم لا ؟ في المسألة خلاف وقد قال أحمد في رواية ابن

الحكم فيمن أسره أهل الحرب ومعه جاريته أنها ملكة مع أن مذهبه المشهور عنه أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء، والأظهر أنه إن زال انتفاع المالك وسلطانه ثبت الضمان والا فلا، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو غصب دابة عليها مالها ومتاعه ففي الخلاف الكبير لا يضمن، وكذلك قال الأصحاب لو استولى على حر كبير لم يضمن ثيابه لأنها في يد المالك ولو كان الحر صغيراً وقتلنا لا تثبت اليد عليه ففي ثيابه وجهان نظراً إلى [أن] يده لا قوة لها على المنع وهذا يشهد لا اعتبار بقاء إلامتناع في انتفاء الضمان (ومنها) لو استأجر دابة إلى مسافة فزاد عليها أو لحمل شيء فزاد عليه وهي في يد المؤجر قتلت قال في المجرد يضمن لتعديده بالزيادة وسكوت المالك لا يمنع الضمان كمن خرق ثوبه وهو لا يمنع وفي التلخيص لا يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى وإن تلفت بالحمل ففي تكميل الضمان عليه وتنصيفه وجهان، ويتوجه التفريق بين أن يكون قادراً على الامتناع أو لا يكون كذلك فيجب الضمان مع عدم القدرة كمن غصب دابة وأكره المالك على أن يحمل له عليها متاعه فإن هذا زيادة عدوان فلا يسقط به الضمان (ومنها) الأجير المشترك إذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها فلا ضمان قاله القاضى في المجرد، قال لأنه ليس بأكثر من الغاصب والغاصب لا يضمن مادام يد صاحبه ثابتة عليه انتهى . ومراده بثبوت يد صاحبه ثبوت سلطته وتصرفه ولهذا لو أعاد الغاصب المغصوب إلى يد المالك على وجه لا يعود تصرفه إليه مثل إن رهته عبده أو استأجره للعمل فيه لم يبرأ بذلك على الصحيح إلا أن يعلم أنه ملكه (ومنها) لو دخل دار إنسان بغير إذنه أو جاس على بساطه بغير إذنه والمالك جالس في الدار أو على البساط ففي الخلاف الكبير لا ضمان وعلى باتتفاء الحيلولة ورفع اليد. وكذلك قال فيمن ركب دابة غيره إن حال بينه وبينها ورفع يده عنها ضمن وهذا يرجع إلى اشتراط الحيلولة والقهر للضمان وفي التلخيص لو دخل دار المالك وهو فيها قاصداً للغصب فهو غاصب للنصف لاجتماع يدهما واستيلائهما بشرط قوة الداخل وتمكنه من القهر وإن كان المالك غائباً فالدخول غصب بكل حال لحصول الاستيلاء به وذكر بعض أصحابنا في خلافه أن الجالس على بساط غيره بغير إذنه يكون ضامناً لما جالس عليه منه والداخل إن دخل بنية الغصب صار غاصباً (ومنها) لو أودف المالك خلفه على الدابة قتلت فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيراً أم لا لثبوت يد المالك عليها ذكر في التلخيص احتمالين وصحح للثاني تنبيه — لو كانت العين ملكاً لاثنتين فرفع الغاصب يد أحدهما ووضع يده موضع يده وأقر الآخر على حاله فهل يكون غاصباً لنصيب رفع يده خاصة أم هو غاصب لنصف العين من الشريكين مشاعاً

قال القاضي وابن عقيل هو غاصب لنصف من رفع يده فقط ورجحه الشيخ تقي الدين مستدلاً بأن الأعمال بالنيات، فعلى هذا لو استعمل الغاصب والشريك المالك وانتفعا به لم يلزم هذا الشريك لشريكه المخرج شيء فلو باع العين صح في نصيب الشريك البائع كله وبطل في النصف الذي باعه الغاصب والمنصوص عن أحمد يدل على خلاف لا أنه نص في رواية حرب على أن من غصب من قوم ضيعة ثم رد إلى أحدهم نصيبه مشاعاً لم يطب للردود عليه الا انفراد بما رد عليه وهو يشبه أصله المنصوص عنه في منع اجارة المشاع من غير الشريك لتعذر تسليمه بانفراده فعلى هذا ليس للشريك الذي لم يرفع يده التصرف الا في الربع خاصة والربع الاخر حق لشريكه المنصوب منه ولم يجتمع هنا يد الغاصب مع يد المالك في شيء.

(القاعدة الثالثة والتسعون)

من قبض مغبوباً من غاصبه ولم يعلم أنه مغبوب فالمشهور عن الأصحاب أنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمه من عين ومنفعة ثم ان كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة استقر ضمانها عليه ولم يرجع على الغاصب وان ضمنه المالك ما لم يدخل على ضمانه ولم يكن حصل له بما ضمنه نفع رجع به على الغاصب وان كان حصل له به نفع فهل يستقر ضمانه عليه أم يرجع على الغاصب على روايتين هذا ما ذكره القاضي والأكثرون وفي بعضه خلاف يشير اليه في موضعه إن شاء الله تعالى، وهذه الأيدي القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة (الأولى) الغاصبة يتعلق بها الضمان كأصلها ويستقر عليها مع التالف تحتها ولا يطالب بما زاد على مدتها (الثانية) الأخذ بمصلحة الدافع كالاستيئذان والوكالة بغير جعل فالمشهور أن للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب لتخريبه وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها لتالف المال تحتها من غير إذن صرح به القاضي في المجرد في باب المضاربة وسيأتي أصله ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكى كذلك في المرتين ونحوه وأولى ورجحه الشيخ تقي الدين من مودع المودع حيث لا يجوز له الا يداع فان الضمان على الاول وحده كذلك قال القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وذكر أنه ظاهر كلام أحمد ومن الأصحاب من منع ظهوره وعلى تقدير أنه كذلك فرقوا بين مودع المودع ومودع الغاصب فان الموجب للضمان في الاول القبض وهو سبب واحد فلا يجب به الضمان من جهتين بخلاف مودع الغاصب فان قبضه صالح لتضمينه حيث كان الضمان مستقراً على الغاصب قبله وبان الضمان يترتب على القبض فهو متأخر عنه والقبض

من يد أمينه ولا عدوان فيه لعدم العلم فاخص الضمان بالمتعدى بخلاف مودع الغاصب لقبضه من يد ضامنه قبل القبض واعلم أن ما ذكره الأصحاب في الوكالة والرهن أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعا وقبضا الثمن ثم بان المبيع مستحقا لم يلزمها شيء لا تناقض هذه المسئلة كما يتوهمه من قصر فهمه لأن مراد الأصحاب بقولهم لم يلزم الوكيل شيء أنه لا يطالبه المشتري بالثمن الذي أقبضه إياه لأن حقوق العقد يتعلق بالموكل دون الوكيل . أما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان فهذا لم يتعرضوا له هنا البتة . وهو بمنزل من مسئلتهم بالسكينة (الثالثة) القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع كالشريك والمضارب والوكيل يجعل والمرتهن ، فالمشهور جواز تضمينها أيضاً وترجع بما تضمنت لدخولها على الأمانة وذكر القاضي في المجرى وابن عقيل وصاحب المغنى في الرهن احتمالين آخرين أحدهما : أنه يستقر الضمان على القابض لتألف مال الغير تحت يده التي لم يؤذن له في القبض فهي كالمعاملة بالحال وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً والثاني لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة وينبغي أن يكون هو المذهب وأنه لا يجوز تضمين القابض مالم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام فإن المنصوص عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها ثم ظهرت مستحقة أنه لا يملك المستحق قلعها إلا مع ضمان نقصه كالغراس المحترم الصادر عن أذن المالك لجعل المغرور كالمأذون له فلا يضمن ابتداء مالم يلزم ضمانه . وكذلك نقل حرب وغيره عن أحمد في المغرور في النكاح أن فداء ولده على من غيره ولم يجعل على الزوج مطالبة . وقريب من ذلك ما نقل عنه منها فيمن بعث رجلاً إلى رجل له عنده مال فقال له خذ منه ديناراً فاخذ منه أكثر أن الضمان على المرسل لتغريبه ويرجع هو على الرسول وحكى القاضي وغيره في المضاربة وجهاً آخر أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما فإيهما ضمن لم يرجع على الآخر (الرابعة) القابضة لمصلحتها خاصة أما باستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة كالعارية فهي داخلة في الضمان في العين دون المنفعة فإذا ضمنت العين والمنفعة رجعت على الغاصب بضمان المنفعة لأن ضمانها كان بتغريبه وفي المذهب رواية ثانية لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء ويستقر الضمان عليها في مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله كيلا يجتمع لها العوض والمعوض وأصل الروايتين الروايتان في رجوع المغرور بالمهر على من غره وإن ضمن الغاصب المنفعة ابتداء فقيه طريقان أحدهما البناء على الروايتين فإن قلنا لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء رجع الغاصب هنا عليه وإلا فلا وهي طريقة أبي الخطاب ومن اتبعه والقاضي وابن عقيل في موضع والثاني أنه لا يرجع الغاصب على القابض قولاً واحداً قاله القاضي

وابن عقيل في موضع آخر. وأما العين فلا يرجع بضمانها حيث دخلت على ضمانها وعلى الاحتمال الاول في القسم الذي قبله يستقر هنا عليها ضمان العين والمنفعة سواء تلفت المنفعة باستيفاء أو بتفويت وعلى الاحتمال الآخر وهو أنه لا يجوز تضمينها بالكلية فلا تطالب هذه بضمان مالم يلتزم ضمانه ابتداء ويستقر عليها ضمان ما دخلت على ضمانه مادخلت على ضمانه ويتخرج لنا وجه آخر أنه لا يستقر عليها ضمان شيء. وسنذكر أصله في القسم الذي بعده (الخامسة) القابضة بملكها بعوض مسمى عن العين بالبيع فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة فإذا ضمنت قيمة العين والمنفعة لم يرجع بما ضمنت من قيمة العين كدخولها على ضمانها ولكن يسترد الثمن من الغاصب لأنه لم يملكه لا تنفاه صحة العقد وسواء كانت القيمة التي ضمنت المالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الاصحاب هنا وفي البيع الفاسد وفي ضمان المغرور بالمهر. وفي التلخيص احتمال أن كانت القيمة أزيد رجعت بالزيادة على الغاصب حيث لم يدخل على الضمان بأكثر من الثمن المسمى وبه جزم ابن المني في خلافه وقد سبق في قاعدة ضمان العقود الفاسدة بالمسمى أو بعوض المثل ما يشبه هذا ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة فقياس المذهب أن له ذلك كما نص عليه أحمد في المتجر بالوديعة بغير إذن أن الربح للمالك ثم من الاصحاب من بينه على القول بوقف العقود على الاجازة وهي طريقة القاضي في خلافه وابن عقيل، ومنهم من يطلق ذلك وكذا في المضارب إذا خالف وعنه رواية أخرى يتصدق بالربح لأنه ربح مالم يضمن وهل المضارب أجره المثل على روايتين وطردهما أبو الفتح الحلواني في الكفاية في الغاصب وحكى صاحب المغنى في باب الرهن رواية أخرى باستقرار الضمان على الغاصب في البيع فلا يرجع على المشتري بشيء مما صنعه وحكاه في الكافي في باب المضاربة وجها وصرح القاضي بمثل ذلك في خلافه في مسألة رجوع المغرور بالمهر. وهو عندي قياس المذهب حيث قلنا في إحدى الروايتين برجوع المغرور بنكاح الأمة على من غره مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها، ولهذا طرد محققوا الاصحاب هذا الخلاف فيما إذا زوجها الغاصب ووطئها الزوج هل يرجع بالمهر على الغاصب سواء ضمنه المالك المهر أو لم يضمنه وأيضاً فإن المنصوص عن أحمد أن البائع إذا دلس العيب ثم تلف عند المشتري فله الرجوع بالثمن وكذلك لو نقص أو تعيب وهو موجود فانه يرد به بغير شيء. ويأخذ الثمن إلا أن يكون حصل له انتفاع بما نقصه فانه يرد عوضه على أحد الوجهين الحاقاً له بلبن المصراة مع أنه قد دخل على ضمان العين بالمسمى ولكن سقط عنه كتدليس البائع العيب وهو لا يمنع صحة العقد على الصحيح من المذهب فلانه لا يستقر الضمان على المشتري من الغاصب مع تدليس

الغاصب عليه وعدم صحة العقد أولى وأما المنافع اذا ضمنها المالك للمشتري بناء على أن المنافع المنصوب مضمونة وهو المذهب فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله على استيفائها في ملكه بغير عوض وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع بما انتفع به لاستيفائه عوضه كما تقدم وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وحكم الثمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع اذا ضمنها رجع يدها على الغاصب وكذلك الكسب صرح به القاضي في خلافه الا ان يكون انتفع بشيء من ذلك فيخرج على الروايتين وقد أشار أحمد الى هذا في رواية ابن منصور فيمن باع ماشية أو شاة فولدت أو نخلها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد ان كان حادث فيهم شيئاً أو بأن باع أو استهلك فان كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء فواجب عليه ضمان ما انتفع به من الثمرة والتاج دون ما أتلف في يده بغير فعله ولم يذكر رجوعاً على الغاصب وظاهر كلامه ان ما تلف في يده من النماء فليس للمالك تضمينه ابتداءً لأنه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به وهذا يقوى التخريج المذكور في القسم الذي قبله وكذلك ظاهر كلام ابن أبي موسى لا يضمن المشتري الا ما يستقر عليه ضمانه سواء دخل على ضمانه أو لم يدخل عليه لكن انتفع به كالخدمة ومهر المشترأة وأما قيمة الأولاد فلا يرجع بها عنده لان نفعها لغيره لا له وأوجب على الغاصب قيمة غرس المشتري غير مقلوع اذا قلعه المالك ومراده ما نقص بقلعه وإنما أجاز للمالك قلع الغراس من غير ضمان نقصه لأن ذلك ليس من باب تضمين الغاصب بل هو من باب امتناع المالك من الضمان له فان تفرغ الارض من الغراس الذي لم يَأْذَن فيه لا بد من تمكينه منه ولا ضمان عليه فيه حيث لم يأذن فيه وإنما الضمان على الغار لتعديده كما أن تضمين القابض مالم يلتزم ضمانه ممتنع حيث أمكن تضمين الغاصب لالتزامه للضمان وتعديده فظهر بهذا أن الذي يدل عليه كلام أحمد أن القابض لا يضمن الا ما حصل له به نفع فيضمنه وهل يرجع به على روايتين كرجوع المغرور في باب النكاح بالمهر.

تنبيه - لو أقر المشتري للبائع بالملك فلا رجوع له عليه ولو أقر بصحة البيع ففي الرجوع احتمالان ذكرهما القاضي، وقد يخرج كذلك في الاقرار بالملك حيث علم ان مستنده اليد وقد بان عدوانها (اليد السادسة) القابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع كالصداق وعوض الخلع والعرق والصلح عن دم عمد اذا كان معيناً منه أو كان القبض وقفاً كدين مستقر في الذمة من ثمن مبيع أو غيره (١) وصداق أو قيمة متلف ونحوه فاذا تلفت هذه الاعيان في يد من قبضها ثم استحققت فللمستحق الرجوع

على القابض ببدل العين والمنفعة على ما تقرر، ويتخرج وجها آخر أن لا مطالبة له عليه وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق والباقي مثله على القول بالتضمن فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع لتغيره إلا بما انتفع به فانه مخرج على الرويتين . وأما قيم الأعيان فمقتضى ما ذكره القاضي ومن اتبعه انه لا يرجع بها لأنه دخل على انها مضمونة عليه بحقه وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه او دونه او أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة ثم ان كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة فهو باق بحاله وان كان عوضا متعينا في العقد لم يفسخ العقد ههنا باستحقاقه فيه ولو قلنا ان النكاح على المغصوب لا يصح لان القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك ذكره ابن أبي موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاضي في خلافه ، وقال في المجرى ويجب مهر المثل وأما عوض الخلع والعق والصلح عن دم العمد ففيها وجهان . أحدهما يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق وهو المنصوص لان هذه العقود لا تفسخ باستحقاق اعواضها فيجب قيمة العوض وهو قول القاضي في أكثر كتبه وجزم به صاحب المحرر . والثاني يجب قيمة المستحق في الخلع والصلح عن الدم بخلاف العتق فان الواجب فيه قيمة العبد لأن العبد له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فان القيمة لعوضهما لاهما وهو قول القاضي في البيوع من خلافه ويشبه قول أصحابنا فيما اذا جعل عتق امته صداقا وقلنا لا ينعقد به النكاح فابت ان تزوجه على ذلك فان عليها قيمة نفسها لا قيمة مهر مثلها وعلى الوجه المخرج في البيع ان المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب ههنا كذلك . (اليد السابعة) القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهي يد المستأجر فقال القاضي والاكثر ان اذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها ولو زادت اجرة المثل على الاجرة المسماة ففيه مأمور من زيادة قيمة العين على الثمن واذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغيره وفي تعلية ابن البركات على الهداية ويتخرج لأصحابنا . وجهان أحدهما أن المستأجر لا ضمان عليه بحال لقول الجمهور يضمن العين وهل القرار عليه لنا وجهان أحدهما عليه والثاني على الغاصب وهو الذي ذكره القاضي في خلافه انتهى والوجه الاول منزل على القول بان المغرور لا يضمن شيئا ابتداء ولا استقرارا والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور في استقرار الضمان على المرتين ونحوه بتلف العين تحت يده : (اليد الثامنة) القابضة للشركة وهي المتصرف في المال بما ينمي به جزء من النماء كالشريك والمضارب والمزارع والمساقى ولهم جرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم يسلم ، فاما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان فقد دخلوا على ان لا ضمان عليهم بحال فاذا ضمنوا على المشهور رجعوا

بما ضمنوا إلا حصتهم من الربح فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل لذلك ذكره
القاضي وابن عقيل في المساقى والمزارع نظيره ، أما المضارب والشريك فلا ينبغي أن يستقر عليهم
ضمان شيء بدون القسمة سواء قلنا ملكوا الربح بالظهور أولا لأن حصتهم وقاية لرأس المال وليس
لهم الإنفراد بالقسمة فلم يتعين لهم شيء مضمون . وحكى الأصحاب فى المضارب بغير إذن وجهها
آخر أن لا يرجع بما ضمنه بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده
ويتخرج وجه آخر أن لا يملك المالك تضمينهم بحال لدخولهم على الأمانة ، وقد ذكرنا فيما تقدم
حكم ضمان الشريك والمضارب للمال وإنما أعدناه هنا لذكر النماء ، وأما المساقى إذا ظهر الشجر
مستحقا بعد تكملة العمل فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب وأما الثمر إذا تلف فله حالتان
أحدهما أن يتلف بعد القسمة فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه وله أن يضمن الكل
للغاصب فإذا ضمنه الكل رجع على العامل بما قبضه لنفسه لانه أخذ العوض فهو كالمشتري من
الغاصب ، وفى المغنى احتمال لا يرجع عليه لتخريبه فاشبهه من قال غيره كل هذا فانه طعامى ثم بان
مستحقا وهو قريب من الوجه السابق باستقرار ضمان المبيع على الغاصب بكل حال وهل للمالك
أن يضمن العامل جميع الثمرة ذكر القاضي فيه احتمالين أحدهما نعم لأن يده تثبت على الكل
مشاهدة بغير حق ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه من الثمر على المشهور وبالكل على الاحتمال
المذكور والثانى لآلته لم يكن قابضا على الحقيقة وإنما كان مراعىا حافظا ويشهد لهذا ما قاله ابن
حامد فيما إذا اختلف المساقى والمالك فى قدر الشروط للعامل من الثمر وأقاما بينتين انه تقدم بينة
العامل لانه غارج والمالك هو الداخل لاتصال الثمر بملكه ولو اشترى ثمرة شجر شراء فاسدا
وخلى البائع بينه وبينه على شجرة لم يضمنه بذلك لعدم ثبوت يده عليه وذكر بعض أصحابنا انه
محل وفاق . الحالة الثانية ان يتلف الثمر قبل القسمة اما على الشجر او بعد جده ففى التلخيص فى
مطالبة العامل بالجميع احتمالا وكذا لو تلف بعض الشجر وهو ملتفت الى ان يد العامل هل
تثبت على الشجر والثمر الذى عليه أم لا والظاهر أن لا لأن الضمان عندنا لا ينتقل فى الثمر
المعلق على شجرة بالتخلية الا أن يقال يده هاهنا على الثمر حصلت تبعا لثبوت يده على الشجر
فيقال فى ثبوت يده على الشجر [هاهنا] تردد ذكرناه آنفا حتى لو تلف بعض الشجر ففى تضمينه للعامل
الاحتمالان صرح به فى التلخيص ايضا ولو اشترى شجرة بثمرها فهل يدخل الثمر فى ضمانها تبعا
لشجره قال ابن عقيل فى فتونه لا يدخل والمذهب دخوله تبعا لانقطاع علق البائع عنه من السقى
وغيره وبكل حال فيتوجه أن يضمن العامل الثمر التالف بعد جداده واستحفاظه بخلاف ما على

الشجر (اليد التاسعة) القابضة تملك لا بعوض اما للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والوصية او للمنفعة كالموصى له بالمنافع فالمشهور أنها ترجع بما ضمنته بكل حال لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهي مغرورة الا ما حصل لها به نفع فقي رجوعها بضمانه الروايتان ويتخرج وجه آخر انها لا تضمن ابتداء ما لم يستقر ضمانها عليه وذكر القاضي وابن عقيل رواية أنها لا ترجع بما ضمنته بحال وهو منزل على اقول باستقرار الضمان على من تلفت تحت يده وان كان امينا كما سبق ثم اختلف الاصحاب في محل الروايتين في الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة احداً ان محلها اذا لم يقل الغاصب هذا ملكي او ما يدل عليه فان قال ذلك فالمدار عليه بغير خلاف لاعتباره باستقرار الضمان عليه ونفيه عن القابض وهي طريقة المغنى والثانية ان ضمن المالك القابض ابتداء فقي رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقا وان ضمن الغاصب ابتداء فان كان القابض قد أقر له بالملكية لم يرجع على القابض رواية واحدة ولو قلنا ان ما ينتفع به يستقر ضمانه عليه لانه باقراره بالملك معترف بان المستحق ظالم له بالتغريم فلا يرجع بظلمه على غير ظالمه وهي طريقة القاضي. والثالث الخلاف في الكل من غير تفصيل وهي طريقة أبي الخطاب وغيره (اليد العاشرة) المتلفة للمال نيابة عن الغاصب كالذبح للحيوان والطايع له فلا قرار عليها بحال وانما القرار على الغاصب لوقوع الفعل له فهو كالمباشر كذا قاله القاضي وابن عقيل والاصحاب ويتخرج وجه آخر باقرارها عليها تلفته كما ودع اذا تلفت تحت يده وأولى لمباشرتها للاتلاف ويتخرج وجه آخر لا ضمان عليها بحال من نص أحمد فيمن حفر لرجل في غير ملكه بئرا فوقع فيها انسان فقال الحافر ظننت أنها في ملكه فلا شيء عليه وبذلك جزم القاضي وابن عقيل في كتاب الجنایات مع اشتراك الحافر والآمر في التسبب وانفراد الحافر بمباشرة السبب وإنما سقط عنه الضمان لعدم علمه بالحال وههنا أولى لا اشتراكها في ثبوت اليد ولو ألتفته على وجه محرم شرعا عالمة بتحريمه كالقاتلة للعبد المغضوب والمحركة للمال باذن الغاصب فقي التلخيص يستقر عليها الضمان لأنها عالمة بتحريمه فهي كالعالمة بانه مال الغير ورجح الحارثي دخولها في قسم المغرور لأنها غير عالمة بالضمان فتغريروا الغاصب لها حاصل والله أعلم

﴿ القاعدة الرابعة والتسعون ﴾

قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكة ان كان يجوز له اقباضه فهو أمانة عند الثاني ان كان الأول أمينا والافلا، وان لم يك اقباضه جائزا فالضمان عليها، ويتخرج وجه آخر ألا يضمن

غير الأول ويتدرج تحت ذلك صور :

(منها) مودع المودع فان كان حيث يجوز الايداع فلا ضمان على واحد منهما ، وان كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما (ومنها) المستأجر من المستأجر فان كان حيث يجوز الايجار بان كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان والا فلا يثبت (١) الضمان عليها وقراره في العين على الأول ويتخرج وجه آخر أنه لا ضمان على الثاني بحال من المودع (ومنها) مضارب المضارب حيث يجوز له فهو أمين وهل الثاني مضارب للمالك والأول وكيل في العقد لاشئ له من الربح أو هو مضارب للأول فالربح بينهما وعلى وجهين جزم به القاضي في المجرى بالأول ثم اختار الثاني فيما اذا دفعه مضاربة وقلنا لا يجوز له ذلك وحيث منع من دفعه مضاربة فللمالك تضمين أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول ان لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة . وفيه وجه آخر لا يرجع لحصول التلف تحت يده وقد سبق أصله ويتخرج ان لا يضمن الثاني بحال وان علم بالحال فهل هو كالمغاصب لأجرة له أو كالمضارب المتعدى له أجرة المثل يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص وحكماها صاحب الكافي روايتين من غير تقييد بحالة العلم (ومنها) وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب في الضمان (ومنها) المستعير من المستعير فان قلنا بجوازه فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة فاذا تلفت عند الثاني ضمنه المالك كما لو كان هو المدير له ولم يرجع على الأول لانتفاء التغيرير وان قلنا بالمنع وهو المشهور فللمالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة والمدار على الثاني لحصول التلف في يده ان كان عالما بالحال ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين دون المنفعة فانه يستقر ضمانها على الأول لتغيريره ، كذا قال الأصحاب . ويتخرج وجه آخر انه لا يضمن الثاني اذا لم يعلم بالحال (ومنها) المستعير من المستأجر قال في التلخيص هو أمين على الصحيح لقبضه من يد أمين فلا يكون ضامنا (ومنها) المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع اذا تاف المبيع في يده فالهوكل تضمين القيمة من شاء منها من الوكيل والمشتري على المشهور ، ثم إن ضمن الوكيل رجع على المشتري لتلفه في يده

(القاعدة الخامسة والتسعون)

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم يتبين خطأ ظنه فان كان مستندا الى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب (١) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ ولكن الذي ٧١١ والاثبت الضمان .

وان كان مستندا الى اجتهاد مجرد كمن دفع مالا تحت يده الى من يظن أنه ماله أو أنه يجب الدفع اليه أو أنه يجوز ذلك أو دفع ماله الذي يجب عليه اخراجه لحق الله الى من يظنه مستحقا ثم تبين الخطأ ففي ضمانه قولان وان تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه فان تعلق به حكم فنقص فالضمان على المثلث والا فلا ضمان ويندرج تحت هذه الجملة مسائل: (منها) أن يشهد شاهدان بموت زيد فيقسم ماله بين ورثته ثم يتبين بطلان الشهادة بقدمه حيا فنص [أحمد] في رواية الميموني أنهما يضمنان المال ولم يتعرض للورثة وظاهر كلامه استقرار الضمان على المشهور أو اختصاصهم به وهو في الجملة موافق لقوله المشهور عنه في تقرير الضمان على الغار كما سبق وقال القاضي يحتمل أن يكون أغرم الورثة ورجعوا بذلك على الشهود لتغيرهم ولا ضمان هنا على الحاكم لأنه ملجأ الى الحكم من جهة الشهود ونقل أبو النضر العجلي عن أحمد في حاكم رجم رجلا بشهادة أربعة بالزنا ثم تبين أنه مجبوب أن الضمان على الحاكم ولعل تضمينه هنا لتفريطه اذ المجبوب لا يخفى أمره غالبا فتركه الفحص عن حاله تفريط (ومنها) لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور فان الضمان يختص بهم لاعترافهم ولا ينقض حكم الحاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له شيء كما لو باع عينا أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فانه لا يقبل اقراره على الاول ويضمن الثاني (ومنها) أن يحكم الحاكم بمال ويستوفي ثم يتبين أن الشهود فساق أو كفار فان حكمه في الباطن غير نافذ بالاتفاق نقله أبو الخطاب في انتصاره . وأما في الظاهر فهو نافذ وهل يجب نقضه ؟ المذهب وجوبه وهو قول الخرقي والقاضي كتبين اتقاء شرط الحكم فلم يصادف محلا ثم يجب ضمان المال على المحكوم له لا تلافه له مباشرة قال القاضي ولو كان المحكوم له معسرا فاللستحق مطالبة الامام بقرار الضمان على المحكوم له ولا شيء على المزكين بحال واو حكم لأدمى باتلاف نفس أو طرف فطريقان أحدهما هو كالمال لأن المستوفي هو المحكوم له والامام يمكن لا غير وهي طريقة المحرر . والثاني يضمنه الحاكم صرح به القاضي في المجرد وهو ونق اطلاق الاكثرين لأن المحكوم له لم يقبض شيئا فنسب الفعل الى خطأ الامام كما لو كان المستوفي حقا لله تعالى عز وجل فان ضمانه على الامام وحكى القاضي وغيره رواية أخرى أنه لا ينقض الحكم اذا بان الشهود فساقا ويضمن الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة وهذا ضعيف جدا، ولا أصل لذلك في كلام أحمد وانما أخذوه من رواية الميموني في المسئلة الاولى وتلك لافسق فيها لجواز عقلة الشهود وانما ضمنوا لتبين بطلان شهادتهم بالعيان فهو أعظم من الرجوع ولا يمكن بقاء الحكم بعد تبين فساد المحكوم به عيانا ولا يصح الحاق

الفسق في الضمان بالرجوع لأن الراجعين اعترفوا بطلان شهادتهم وتسليمهم إلى اتزاع مال المعصوم وقولهم غير مقبول على نقض الحكم فتعين تغريمهم ، وليس هنا اعتراف يبنى عليه التغريم فلا وجه له فالصواب الجزم بأنه لا ضمان على أحد على القول بأن الحكم لا ينقض كما جزم به في المحرر (ومنها) إذا وصى إلى رجل بتفريق ثلثه ففعل ثم يتبين أن عليه ديناً مستغرقاً للتركة ففي ضمانه روايتان ولكن هنا لم يتصرف في ملك الغرماء بل فيما تعلق به حقهم ولكنه تعلق قوى لاسيما أن قلنا لم ينتقل إلى الورثة ولهذا قال أحد في رواية ابن منصور في التركة هي للغرماء لا للورثة ولهذا لا يملك الورثة التصرف فيها إلا بشرط الضمان، وخرج الشيخ تقي الدين على هذا الخلاف كل من تصرف بولاية في مال ثم تبين أنه مستحق (ومنها) لو وصى لشخص بشيء فلم يعرف الموصى له صرفه الوصى أو الحاكم فيما يراه من أبواب البر فإن جاء الموصى له وأثبت ذلك فهل يضمن المفرق ما فرقه على روايتين : قال ابن أبي موسى أظهرهما لا ضمان عليه وقال أبو بكر في الشافعي أن فعله الوصى باذن الحاكم لم يضمن وإن فعله بدون اذنه ضمن (ومنها) لو اشترى الورثة عبداً من التركة وأعتقوه تنفيذاً لوصية مورثهم بذلك ثم ظهر دين مستغرق فإنهم يضمنون للغرماء ذكره القاضي وابن عقيل ويتخرج فيه وجه آخر باتفاء الضمان من مسئلة الوصى (ومنها) لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال بغير اذنه صح وعتق عليه وهل يضمنه العامل فيه ثلاثة أوجه : أحدها يضمن بكل حال سواء كان عالماً بالحال أو جاهلاً قاله القاضي في المجرى وأبو الخطاب ، والثاني أن كان جاهلاً لم يضمن وإن كان عالماً ضمن كما لو عامل فاسقاً أو مهاطلاً أو سافر سراً مخوفاً أو دفع الوصى أو أمين الحاكم مال اليتيم مضاربة إلى من ظاهره العدالة فإن بخلافه فإنه لا ضمان في ذلك كله إلا مع العلم وهو قول أبي بكر في التنبيه والقاضي في خلافه ، والثالث لا ضمان بكل حال حكاه أبو بكر على الضمان هل يضمنه بالثمن المشتري أو بقيمة المثل ويكون شريكاً في الربح الزائد على وجهين ذكرهما أبو بكر (ومنها) إذا دفع القصار ثوب رجل إلى غيره خطأ فنصرف فيه المدفوع إليه بقطع أو لبس يظنه ثوبه فنقل حبل عن أحمد في قصار أبدل الثوب فأخذه صاحبه فقطعه وهو لا يعلم أنه ثوبه قال على القصار إذا أبدل قيل له فإن كان مالا فأنفقته قال ليس هذا مثل المال على الذي أنفقته لأنه مال تلف ففرق بين المال إذا أنفق وتلف وبين الثوب إذا قطع لأن العين هنا موجودة فيمكن الرجوع فيها ويضمن نقصها القصار لجنايته خطأ . وظاهر كلامه أن لا شيء على القاطع لأنه مغرور ولم يدخل على [الضمان] . أما أن دفع إليه دراهم غيره يظنه صاحبها فأنفقها فالضمان على المنفق وإن كان مغروراً لتلف المال تحت يده باتفائه به وذلك مقرر

للضمان مع اليد على (١) إحدى الروايتين ، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في هذه المسئلة أنه ذكر له قول مالك لا يغرم الذي لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب فقال لا يعجبني ما قال ولكن إذا هو لم يعلم قلبه فإن عليه ما نقص ليس على القصار شيء فوجب هنا الضمان على اللابس لاستيفائه المنفعة دون الدافع بأنه لم يعتمد الجناية فكان إحالة الضمان على المستوفي للنفع أولاً وهذه الرواية توافق ما قبلها في تقرير الضمان على المنتفع لاسبابها والدافع هنا معذور وإنما ضمن القصار القطع لأنه تلف لم يحدث من انتفاع القابض ، فكان ضمانه على الدافع لنسبته إليه ، فالروايتان إذا متفقتان ومن الأصحاب من جعلهما مختلفتين في أن الضمان هل هو على القصار أو المدفوع إليه ، ثم منهم من حمل رواية ضمان القصار على أنه كان أجيراً مشتركاً فيضمن جناية يده ورواية عدم ضمانه على أنه كان أجيراً خاصاً فلا يضمن جنايته مالم يعتمدها وأشار القاضي إلى ذلك في المجرد (ومنها) لو دفع الملتقط اللقطة إلى واصفها ثم أقام غيره البينة أنها له فإن كان الدفع بحكم حاكم فلا ضمان على الدافع وإن كان بدونه فوجهان : أحدهما لا ضمان لوجوب الدافع عليه فلا ينسب إلى تفريطه ، والثاني عليه الضمان وهو قول القاضي ، ثم يرجع به على الواصف إلا أن يكون قد أقر له بالملك ، أما لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبها ثم تبين الخطأ فقال الأصحاب يضمن لتفريطه. ويتخرج فيه وجه آخر أن الضمان على الملتف وحده ، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن أحمد في مسئلة القصار ولو قتل من يظنه قاتل أبيه لاشتباها به في الصورة قتل به لتفريطه في اجتهاده ذكره ابن عقيل في مفرداته. ويتخرج فيه وجه آخر أن لا قود وأنه يضمن بالدية كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظاناً أنها اليمين فإنه لا قود وسواء كان الجاني عاقلاً أو مجنوناً وفي وجوب الدية وجهان (ومنها) لو مضى على المفقود من تجوز فيه قسمة ماله فقسم ثم قدم فذكر القاضي أن أبا بكر حكى في ضمان ما تلف في أيدي الورثة منه روايتين ، والمنصوص عن أحمد في رواية الميموني وابن منصور وأبي داود عدم الضمان وهو الذي ذكره أبو بكر في التنبيه ووجهه أنه جازاقتسام المال في الظاهر والتصرف فيه ، ولهذا يباح لزوجه أن تزوج وإذا قدم خير بينها وبين المهر فجعل التصرف فيما يملكه من مال وبضع موقوفاً على تنفيذه واجازته مادام موجوداً فإذا تلف فقد مضى الحكم فيه ونفذ فإن اجازته ورده إنما يتعلق بالموجود لا بالمفقود ، وقد نص أحمد في رواية أبي طالب على أنه إذا قدم بعد أن تزوجت زوجته وماتت فلا خيار له ولا يرثها ، ويشبه ذلك اللقطة إذا قدم المالك بعد الحول والتملك وقد تلفت فالمشهور أنه يجب ضمانها للمالك وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى أنه لا يجب الضمان مع التلف وإنما يجب

الرد مع بقاء العين (ومنها) لو قبضت المطلقة البائن النفقة يظن أنها حامل ثم بانت حاملا ففى الرجوع عليها روايتان (ومنها) لو غاب الزوج فانفقت الزوجة من ماله ثم تبين موته فهل يرجع عليها بما أنفقته بعد الموت على روايتين (ومنها) لو دفع زكاته أو كفارته الى من يظنه فقيرا فإن أنه غنى ففى وجوب الضمان عليه روايتان أصحهما أن لاضمان وكذلك لو كان العامل هو الدافع قاله القاضى فى الأحكام السلطانية ، وقال فى المجرى لا يضمن الامام بغير خلاف لأنه أمين ولم يفرط لأن هذا لا يمكن الاحتراز منه، وإن بان عبداً أو كافرا أو هاشميا ففيل هو على الخلاف وبه جزم ابن عقيل فى فنونه، وكذلك ذكر القاضى فى آخر الجامع الصغير إلا أنه خرج الخلاف فى الضمان هنا على القول بعدمه فى المغنى وقيل لا يجرئه رواية واحدة لظهور التفريط فى الاجتهاد فإن هذه الأوصاف لا تخفى بخلاف الغنى وإن بان أنه بسبب نفسه فطريقان أحدهما لا يجرئه قولاً واحداً كما لو بان أنه عند نفسه والثانى هو لو بان غنيا والمنصوص هنا الاجزاء لأن المانع خشية المحابة وهو متنفذ مع عدم العلم . قال الشيخ تقي الدين وعلى قياس ذلك مال الفى والخمس والاموال الموصى بها والموقوفة اذا ظن المتصرف فيها أن الأخذ مستحق (١) فإخطأ

(القاعدة السادسة والتسعون)

من وجب عليه أداء عين مال فاداه عنه غيره بغير إذنه هل تقع (٢) موقعه وينتفى الضمان عن المؤدى هذا على قسمين : أحدهما أن تكون العين ملكاً لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير فإن كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب ديناً وإن لم يكن له ولاية فإن كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزى وإن لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن ولم يجزى إلا أن يحيز المالك المتصرف فنقول بوقف عقود الفضولى على الاجازة ويتفرع على هذا مسائل :

(منها) لو امتنع من وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرى منه ولا ضمان (ومنها) لو امتنع من أداء الزكاة فأخذها الامام منه قهراً فإنه تجزى عنه ظاهراً وباطناً فى اصح الوجهين وهو ظاهر كلام احمد والخرقى لأن للامام ولاية على الممتنع وهذا حق تدخله النيابة فوق موقعه (ومنها) لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبة أو حبس فأخذ الساعى الزكاة من ماله سقطت عنه (ومنها) ولى الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزى كما يؤدى عنهما ما نثر الواجبات

(١) فى نسختنا أن الأخذ مستحقاً (٢) فى ٧١١ : على نفه

المالية من النفقات والغرامات (ومنها) اذا عين اضحية فذبحها غيره بغير اذنه اجزأت عن صاحبها ولم يضمن الذابح شيئا نص عليه لأنها متعينة للذبح مالم يبدلها وإراقة دمها واجب فالذابح قد عجل الواجب فوق موقعه ولا فرق عند الاكثرين بين ان تكون معينة ابتداء او عن واجب في الذمة وفرق صاحب التلخيص بين ماوجب في الذمة وغيره وقال المعينة عنما في الذمة يشترط لهانية المالك غيره بغير اذنه فقال عند الذبح فلا يجزى مذبح غيره لها بغير اذنه فيضمن (ومنها) لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد فأطلقه القاضى والا كثرون لا يضمن لأنه فعل الواجب عليه كما لو أدى عنه دينه في هذا الحال وفي المبيح للشيرازى أنه لا يضمن لأن ملكه لم يزل عنه وارسال الغير اتلاف يوجب الضمان فهو كقتله اللهم الا أن يكون المرسل حاكما او ولى صبي فلا ضمان للولاية وهذا كله بناء على قولنا يجب [عليه] ارساله والحاقه بالوحش وهو المنصوص ، أما ان قلنا يجوز له نقل يده الى غيره باعارة أو ايداع كما قاله القاضى في المجرد وابن عقيل في باب العارية فالضمان واجب بغير اشكال (ومنها) لو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به عنه غيره فقيه وجهان : أحدهما لا ضمان عليه كالأضحية وهو اختيار أبى الخطاب في انتصاره سواء قبل بزوال ملكه أو امتناع الابدال كما [لو] اختاره أو بقاء (١) الملك وجواز الابدال اذ لا فرق بين الدراهم المذكورة وبين الاضحية [في ذلك] . الثاني الضمان وهو قول القاضى وابن عقيل ويشكل الفرق بينه وبين الاضحية [لا سيما والمنقول (٢) لا يتعين بالتعيين في العقود على احدى الروايتين بخلاف الحيوان وقد يقال في الفرق إن الاضحية انما يجوز ابدالها بخير منها والنقود متساوية غالبا فلا معنى لبدالها ، وقد أشار القاضى الى الفرق بان النذر يحتاج اخراجه الى نية كالزكاة وهذا ممنوع بل نقول في نذر الصدقة بالمعين مانقول في الاضحية المعينة . وأما اذا أدى غيره زكاته الواجبة من ماله أو نذره الواجب في الذمة أو كفارته من ماله بغير اذنه حيث لا ولاية له عليه فانه يضمن في المشهور لأنه لا يسقط به فرض المالك لفوات النية المعتبرة منه ومن يقوم مقامه ، وخرج الأصحاب نفوذه بالا جازة من نفوذ تصرف الفضولى [بها] . وهذا الذى ذكرناه في العبادات كالزكاة والاضحية والنذر انما هو اذا نواه المخرج عن المالك فاما ان نوى عن نفسه وكان عالما بالحال فهو غاصب محض فلا يصح تصرفه لنفسه باداء الزكاة ولا بذبح الاضحية والهدى ولا غيرها لأنه وقع من أصله تعديا وذلك ينافى التقرب وخرج بعض الأصحاب وجها ذكره بعضهم رواية في الزكاة وخرجه ابن أبى موسى وجها في العتق لكن اذا التزم ضمانه في ماله وهذا شبيه بتصرف الفضولى ، وهل يجزى عن المالك في هذه الحال أم لا ، حكى

القاضي (١) في الأضحية روايتين والصواب أن الروايتين تنزل على اختلاف حالتين لأعلى اختلاف قولين فإن نوى الذابح بالذبح عن نفسه مع علمه بأنها أضحية الغير لم يجزى لغصبه واستيلائه على مال الغير واتلافه له عدوانا ، وإن كان يظن الذابح أنها أضحية لاشتباها عليها اجزأت عن المالك . وقد نص أحمد على الصورتين في رواية ابن القاسم وسندي مفرقا بينهما مصرحا بالتعليل المذكور وكذلك الخلال فرق بينهما وعقد لهما بابين منفردين فلا يصح التسوية بعد ذلك ، ومتى قيل بعدم الاجزاء فعلى الذابح الضمان لكن هل يضمن أرش الذبح أو كمال القيمة أما على رواية تحريم ذبيحة الغاصب ف ضمان القيمة متعين ، وعلى القول بالحل وهو المشهور فقد يقال إن كانت معينة عن واجب في الذمة فحكم هذا الذبح حكم عطبها وإذا عطبت فهل ترجع إلى ملكه على روايتين فإن قيل يرجوعها إلى ملكه فعلى الذابح أرش نقص الذبح خاصة وإن قيل لا يرجع إلى ملكه فالذبح حيثئذ بمنزلة اتلافها بالكلية فيضمن الجميع ويشتري المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه ويصرف الكل مصرف الأضحية وإن كانت معينة ابتداء أو تطوعا فقد فوت على المالك التقرب بها وكونها أضحية أو هديا لكن على وجه لا يلزمه بدلها فيحتمل أن يتصدق بلحمها كالعاطب (٢) دون محله ويأخذ أرش الذبح من الذابح ويتصدق به ، ويحتمل أن يضمنه قيمتها وهو أظهر لأنه فوت عليه التقرب بها على وجه لا يعود إليه منها شيء فهو كاتلافها وأما إذا فرق الأجنبي اللحم فقال الأصحاب لا يجزى لأن أحمد قال في رواية ابن منصور فيما إذا ذبح كل واحد أضحية الآخر يعتقد أنها أضحيته أنهما يترادان اللحم قالوا وإن تلف فعليه ضمان قيمته وأبدى ابن عقيل في فتونه احتمالا بالاجزاء لأن التفرقة ليست واجبة على المالك بدليل مالو ذبحها فسرقت ، ويشهد له قول أحمد في رواية المروذي وغيره في رجل اشترى لقوم نسكا فاشترى لكل واحد شاة ثم لم يعرف هذه من هذه قال يتراضيان ويتحالان ولا بأس أن يأخذ كل واحد شاة بعد التحليل فدل على أن التفريق إذا وقع من غير قصد ولا تعمد أنه يجزى ولو لا ذلك لم تجز التضحية بهذه الأضحية المشبهة وقد يكون عن واجب في الذمة ويحمل قوله يترادان اللحم مع بقاءه . القسم الثاني أن يكون الواجب أدائه غير مملوك له فأداه الغير إلى مستحقه فإن كان مستحقه معيناً فإنه يجزى ولا ضمان وإن لم يكن معيناً ففي الاجزاء خلاف ، ويندرج تحت ذلك مسائل .

(منها) المغصوب والودائع إذا أداها أجنبي إلى المالك أجزأت ولا ضمان (ومنها) إذا

(١) في ٧١١ زيادة هي (وحكى القاضي بوقفه على الإجازة من القول بوقف تصرف الغاصب

وربما) (٢) في نسختنا : كالغاصب

اصطاد المحرم صيدا في احرامه فأرسله غيره من يده فلا ضمان (ومنها) [اذا] (١) دفع أجنبي عينا موصى بها الى مستحق معين لم يضمن ووقعت موقعها وكذا لو كانت الوصية بمال غير معين بل مقدر وان كانت لغیر معين ففي الضمان وجهان ونص احمد في رواية حنبل فيمن بيده وديعة وصى بها للمعين ان المودع يدفعها الى الموصى له والورثة قيل له فان دفعها الى الموصى له يضمن قال أخاف قيل له فيعطيه القاضي قال لا ولكن يدفعه اليهم ونص في رواية منها على ضمانه بالدفع الى الموصى وهذا محمول على أنه لم تثبت الوصية ظاهرا وصرح الاصحاح بأنه لو كان عليه دين فوصى به صاحبه لمعين كان بخيرا في دفعه الى الورثة والموصى له لأنه صار حقا له فهو كالوارث المعين وعلى هذا يتخرج دفع مال الوقف الى مستحقه المعين مع وجود الناظر فيه (٢) .

(القاعدة السابعة والتسعون)

من بيده مال أو في ذمته دين يعرف مالكة ولكنه غائب يرجى قدومه فليس له التصرف فيه بدون إذن الحاكم الا أن يكون تافها فله الصدقة به عنه نص عليه في مواضع وان كان قد آيس من قدومه بأن مضت مدة يجوز فيها أن تزوج امرأته ويقسم ماله وليس له وارث فهل يجوز التصرف في ماله بدون إذن الحاكم قد يتخرج على وجهين أصلهما الروايتان في امرأة المفقود هل تتزوج بدون الحاكم أم لا في رواية صالح جواز التصديق به ولم يعين حاكما وان لم يعرف مالكة بل جهل جاز التصديق به عنه لشرط الضمان بدون إذن الحاكم قولاً واحداً على أصح الطريقتين وعلى الثانية فيه روايتان وهي طريقة القاضي في كتاب الروايتين وفي موضع من المجرد وجزم في موضع آخر منه بتوقف التصرف على إذن الحاكم والأولى أصح ويتخرج على هذه القاعدة مسائل . (منها) اللقطة التي لا تملك إذا خرنا (٣) الصدقة بها والتي يخشى فسادها إذا أراد التصديق بها فالمنصوص جواز الصدقة بها من غير حاكم وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه ان كان يسيرا باعه وتصدق به وان كان كثيرا رفعه الى السلطان وقال (٤) نقلها منها ورواية منها انما هي فيمن باع من رجل شيئا ثم مات المشتري قبل قبضه وخشى البائع فسادها وهذا بما له مالك معروف ويمكن الاطلاع على معرفة ورثته فليست المسئلة نبه على ذلك الشيخ مجد الدين رحمه الله (ومنها) اللقيط اذا وجد معه مال فانه ينفق عليه منه بدون إذن حاكم ذكره ابن حاتم قال أبو الخطاب وروى عنه أبو الحارث ما يدل

(١) زيادة من المصحح (٢) ما بين المربعين في هذه القاعدة زيادة في ٧١١

(٣) في نسختنا أجزنا (٤) وفيها وقد

على أنه لا ينفق عليه إلا باذن حاكم قال الشيخ مجد الدين وهذه الرواية إنما هي في المودع أنه لا ينفق على زوجة المستودع وأهله في غيبته إلا باذن الحاكم وليس هذا نظير مسئلتنا لأن الولاية هنا على معروف فنظيره من وجد طفلاً معروف النسب أبوه غائب (ومنها) الرهون التي لا تعرف أهلها نص أحمد على جواز الصدقة بها في رواية أبي طالب وأبي الحارث وغيرهما وتأوله القاضي في المجرد وابن عقيل على أنه تعذر اذن الحاكم لما روى عنه أبو طالب أيضاً إذا كان عنده رهن وصاحبه غائب وخاف فساد يأتى السلطان ليأمر ببيعه ولا يبيعه بغير اذن السلطان وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وغيره وأقروا النصوص على وجوبها فإن كان المالك معروفاً لكنه غائب رفع أمره إلى السلطان وإن جهل جاز التصرف فيه بدون حاكم وإن علم صاحبه لكنه ليس منه تصدق به عنه نص عليه في رواية أبي الحارث (ومنها) الودائع التي جهل مالكيها يجوز التصرف بها بدون حاكم نص عليه وكذلك إن فقد ولم يطلع على خبره وليس له ورثة يتصدق (١) به نص عليه ولم يعتبر حاكماً قال القاضي في المجرد فيحتمل أن يحمل على إطلاقه لأنه من فعل المعروف ويحتمل أن يحمل عند تعذر اذن الحاكم لأن هذا المال مصرفه إلى بيت المال وتفرقة مال بيت المال موكولة إلى اجتهاد الإمام انتهى والصحيح الإطلاق وبيت المال ليس بوارث على المذهب المشهور وإنما يحفظ فيه المال الضائع فإذا أيس من وجود صاحبه فلا معنى للحفظ ومقصود الصرف في مصلحة المالك تحصل بالصدقة به عنه وهو أولى من الصرف إلى بيت المال لأنه ربما صرف عن فساد بيت المال إلى غير مصرفه وأيضاً فالفقراء مستحقون من مال بيت المال فإذا وصل لهم هذا المال على غير يد الإمام فقد حصل المقصود ، ولهذا قلنا على أحد الوجهين إذا فرق الأجنبي الوصية وكانت لغدير معين كالفقراء فإنها تقع الموقع ، ولا يضمن كما لو كانت الوصية لمعين ، وعلى هذا الأصل يتخرج جواز أخذ الفقراء الصدقة من يد من ماله حرام كقطاع الطريق وأفتى القاضي بجوازه ونص أحمد في رواية صالح (٢) فيمن كانت عنده ودائع فوكل في دفعها ثم مات وجعل ربهما وأيس من الإطلاع عليه يتصدق بها عنه الوكيل وورثة الموكل في البلد الذي كان صاحبها فيه حيث يرون أنه كان وهم ضامنون إذا ظهر له وارث واعتبار الصدقة في موضع المالك مع الجهل به ، وقد نص على مثله في الغصب وفي مال الشبهة واحتج بأن عمر جعل الدية على أهل القرية (يعني إذا جهل القاتل) ووجه الحجة منه أن الغرم لما اختص بأهل المكان الذي فيه الجاني لأن الظاهر أن الجاني أو عاقلته المختصين بالغرم لا يخلو المكان [منهم] فكذلك الصدقة بالمال

(١) في نسختنا وبتهدق به والتصحيح عن نسختي الدار (٢) في ٧١١ ابن صالح

المجهول مالكة ينبغي أن يختص بأهل مكانه لأنه أقرب إلى وصول المال إليه إن كان موجودا أو إلى ورثته ويراعى في ذلك الفقراء لأنها صدقة كما يراعى في موضع الديه الغنى (ومنها) الغصب التي جهل ربه فيتصدق بها أيضا وقد نص على ذلك في رواية جماعة ولم يذكر أكثر الأصحاب فيه خلافا وطرد القاضي في كتاب الروايتين فيه الخلاف بناء على أنه مستحق لبيت المال وكذلك حكم المسروق ونحوه نص عليه ولو مات المالك ولا وارث له يعلم فكذلك يتصدق به نص عليه أحد أيضا تنبيهان أحدهما الديون المستحقة كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها نص عليه ومع أنه نص على أن من قال لغريمه تصدق عني بالدين الذي لي عليك لم يبرأ بالصدقة عنه ولو وكله في قبضه من نفسه حيث لم يتعين المدفوع ملكا له فإن الدين لا يتعين ملكه فيه بدون قبضه أو قبض وكيله وفرق القاضي في خلافه بين أن يكون المأمور بالدفع إليه معينا أو غير معين فإن كان معينا يرى بالدفع إليه كالوكيل وخرج في المجرد المسئلة على بيع الوكيل من نفسه نذرا إلى أن العلة هي القبض من نفسه حيث وكله المالك في التعيين والقبض ، وقد أطلق هاهنا جواز الصدقة به ، فاما أن يكون هذا رواية ثانية بالجواز مطلقا أو محمولا على حالة تعذر وجود المالك أو وكيله وهو الأقرب ، وكذلك نص في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لرجل قد مات وعليه ديون للناس فقضى عنه دينه بالدين الذي عليه أنه يبرأ به في الباطن .

والثاني إذا أراد من يده دين جهل ربه أن يملكها ويتصدق بقيمتها عن مالها فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجرا وعلم أن البائع باع ما لا يملك ولا يعرف له أربابا أرجو أن يخرج قيمة الآجر فيتصدق به أن ينجو من أثمه ، وقد يتخرج فيه الخلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه ويشهد له اختلاف الرواية عنه فيمن له دين وعنده رهن وانقطع خبر صاحبه وباعه هل له أن يستوفي دينه منه ويتصدق بالفاضل أم يتصدق به كله على روايتين لأن فيه استيفاء للحق بنفسه من تحت يده واختار ابن عقيل جوازه مطلقا وخرجه من بيع الوكيل من نفسه ومن مواضع آخر .

(القاعدة الثامنة والتسعون)

من ادعى شيئا ووصفه دفع إليه بالصفة إذا جهل ربه ولم يثبت عليه يد من جهة مالكه والا فلا ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اللقطة يجب دفعها إلى واصلها نص عليه وإن وصفها اثنان فهي لهما وقيل يقرع بينهما ، وإن

استقصى أحدهما الصفات واقتصر الآخر على القدر الذي يجزىء الدفع فوجهان يخرجان من الترجيح بالفساخ (١) والتأج ذكره ابن عقيل في مفرداته (ومنها) الاموال المفصولة والمنهوبة والمسروقة كالموجودة مع اللصوص وقطاع الطريق ونحوهم يكتفى فيها بالصفة (ومنها) تداعى المؤجر والمستأجر دفنا (٢) في الدار فهو لو اصفه منهما نص عليه في رواية الفضل بن زياد (ومنها) اللقيط اذا تنازع اثنان أيهما التقطه وليس في يد أحدهما فن وصفه منهما فهو أحق به (ومنها) لو وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة فانه يستحقه بالوصف ونحوه مما يدل على أنه له، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وسئل أتريد على ذلك بينة قال لا بد من بيان يدل على أنه له وان علم ذلك دفعه إليه الأمير انتهى وقد قضى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فيها بالعلامة المحضة .

(القاعدة التاسعة والتسعون)

ماتدعو الحاجة الى الاتفافع به من الأعيان ولا ضرر في بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المافع المحتاج اليها يجب بذله مجانا بغير عوض في الأظهر ويندرج تحت ذلك مسائل :

(منها) الهرا لا يجوز بيعه على أصح الروايتين وثبت في صحيح مسلم النهى عنه وماخذ المنع ما ذكرنا (ومنها) الماء الجاري والكلاء يجب بذل الفاضل منه للبحث الى الشرب واسقاء بهائمهم وكذلك زروعه على الصحيح أيضا وسواء قلنا يملكه من هو في أرضه أم لا والصحيح أن ماخذ المنع من بيعه ما ذكرنا لا أنه غير مملوك بملك الأرض فان النصوص متكاثرة عن أحمد بتملكه المباحات النابتة في الأرض ويشهد له أيضا مانص عليه أحمد في رواية ابن منصور في اللقاط لأرى لصاحب الأرض أن يمنعه (٣) الناس فيه سواء مع أنه مملوك له بلا اشكال ولا يقال زال ملكه عنه بمصيره منبوذا مرغوبا عنه لان المنع والبيع يناهى ذلك (ومنها) وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضر وكذلك اجراء الماء على أرضه في إحدى الروايتين (ومنها) اعارة الحللى ظاهر كلام أحمد وجماعة من الاصحاب وجوبه وصرح به بعض المتأخرين واختار بعضهم وجوب بذل الماعون وهو ماخف قدره وسهل كالذلو والفأس والقدر والمنخل واعارة الفحل للضراب وهو اختيار الحارثي واليه ميل الشيخ تقي الدين (ومنها) المصحف تجب عليه اعارته لمن احتاج الى القراءة فيه ولم يجد مصحفا غيره نقله القاضى فى الجامع الكبير وذكروا ابن عقيل فى كلام مفرد له أن الاصحاب عللوا قولهم لا يقطع

(١) كذا فى نسختنا وفى نسختي الدار بالناسخ (٢) فى الاصل دفنا والتصحيح عن ٧١١

(٣) فى ٧١١ ان يبيعه .

لسرقة المصحف فإن له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع إذا خفيت عليه وعلى صاحبه بذله كذلك قال ابن عقيل وهذا تعليل يقتضى التسوية بين سرقة كتب السنن فإنها مضمنة من الأحكام أمثال ذلك والحاجة داعية إليها وبذلها من المحايج إليها من القضاة والحكام وأهل الفتاوى واجب على مالكيها انتهى (ومنها) ضيافة المجتازين المذهب وجوبها وأما اطعام المضطرين فواجب لكن لا يجب بذله مجاناً بل بالعوض وأما المنافع المضطر إليها كمنفعة الظاهر للهنقطيين في الاسفار وإعارة ما يضطر إليه فمضى وجوب بذلها مجاناً وجهان واختيار الشيخ تقي الدين أن المضطر إلى الطعام إن كان فقيراً وجب بذله له مجاناً لأن إطعامه فرض كفاية لا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف الغنى وإن الواجب معاوضته فقط وهذا حسن وحكى الأمدى رواية أنه لا يضمن المضطر الطعام الذى أخذه من صاحبه قهراً لمنعه إياه (ومنها) رباع مكة لا يجوز بيعها ولا إيجارها على المذهب المنصوص واختلاف فى مأخذه فقيل لأن مكة فتحت عنوة فصارت وقفاً أو فيثاً فلا ملك فيها لأحد وعلى هذا فينبى الخلاف فى البيع والإجارة على الخلاف فى فتحها عنوة أو صلحاً، وقيل بل لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحجيرها بل الواجب أن يكون الناس فيه شرعاً واحداً لعموم الحاجة إليه فمن احتاج إلى ما يده منه سكنه وإن استغنى عنه وجب بذل فاضله للحتاج إليه وهو مسلك ابن عقيل فى نظرياته وسلكه القاضى فى خلافه أيضاً واختاره الشيخ تقي الدين وتردد كلامه فى جواز البيع فأجازه مرة كييع أرض العنوة عنده ويكون نقلاً لليد بعوض ومنعه فى أخرى إذ الأرض وأبعض البناء من الحرم غير مملوك للبانى وإنما له التأليف وقد رجح به بتقديمه فى الاتفايع كمن بنى فى أرض مسيلة للسكى بناء من ترابها وأحجارها ونقل ابن منصور عن أحمد ما يدل على جواز البيع دون الإجارة وتأوله القاضى وعلى هذا المأخذ فقد يختص البيع بالقول بفتحها عنوة لمصير الأرض فيثاً وقد نص أحمد فى رواية حنبل على أن علة الكراهة أنها فتحت عنوة فصار المسلمون فيها شركاً واحداً قال وعمر إنما ترك السواد لذلك قال ولا يعجبنى منازل السواد ولا أرضهم وهذا نص بكراهة المنع فى سائر أراضي العنوة وبكل حال فلا يجب الإسكان فى دور مكة إلا فى الفاضل عن حاجة الساكن نص عليه

(القاعدة المائة)

الواجب بالذعر هل يلحق الواجب بالشروع أو بالمدوب فيه خلاف يتنزل عليه مسائل كثيرة :

(منها) الأكل من أضحية النذر وفيه وجهان اختار أبو بكر الجواز (ومنها) فعل الصلاة المندورة في وقت النهي وفيه وجهان أشهرهما الجواز (ومنها) نذراً أيام التشريق والصلاة في وقت النهي وفيه وجهان أيضاً واختار ابن عقيل أنه كنذر المعصية لأن المألزم بالنذر هو التطوع المطلق (ومنها) لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة أم لا بدمن ركعتين على روايتين (ومنها) لو نذر عتق رقبة لم يجزئه إلا سليمة ذكره القاضي حملاً له على واجب الشرع ويحتمل أن يجزئه ما يقع عليه الاسم كالوصية فإن القاضي سلم مع أن المنصوص عن أحمد فيمن وصى بعتق رقبة لا يعتق عليه إلا سليمة

(القاعدة الحادية بعد المائة)

من خير بين شيتين وأمكنه الاتيان بنصفيهما معا فهل يجزئه أم لا وفيه خلاف يتنزل عليه مسائل (منها) لو أعتق في الكفارة نصفى رقتين وفيها وجهان وقيل ان كان باقيهما حراً أجزأ وجهاً واحداً لتكميل الحرية ، وخرجوا على الوجهين لو أخرج في الزكاة نصفى شاتين وزاد صاحب التلخيص لو أهدى نصفى شاتين وفيه نظر إذ المقصود من الهدى اللحم ولهذا أجزأ فيه شقص من بدنة . وقد روى عن أحمد ما يدل على الاجزاء هاهنا (ومنها) لو أخرج الجبران (١) في زكاة الأبل شاة وعشرة دراهم فهل يجزئه على وجهين (ومنها) لو كفر يمينه بأطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة فإنه يجزئ على المشهور وفيه وجه مذكور في شرح الهداية في زكاة الفطر (ومنها) لو أخرج في الفطرة صاعاً من جنسين والمذهب الاجزاء ويتخرج فيه وجه (ومنها) لو كفر في محظورات الحج بصيام يوم وأطعام أربعة مساكين فالأظهر منعه ، وفي أحكام القرآن للقاضي يحتمل الجواز لأنها على التخيير بخلاف كفارة اليمين. وعلى قياس هذا لو أعتق في كفارة اليمين ثلث رقبة وأطعم أربعة مساكين وكسى أربعة أنه يجزئه وفيه بعد (ومنها) لو أخرج عن أربع مائة من الأبل أربع حقاق وخمس بنات لبون أجزأ بغير خلاف عندنا لأنه عمل بمقتضى قوله في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ولأن هذه واجبات متعددة فهي ككفارات متعددة فإن أخرج بتشقيص كما لو أخرج عن مائتين حققتين وبنات لبون ونصفاً فهو كأخراج نصفى شاتين على ما سبق

(القاعدة الثانية بعد المائة)

من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم وكان مما تدعو النفوس إليه ألغى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم ولم يترتب عليه أحكامه ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة:

(١) الجبران : اسم لجبر نصاب الزكاة من جبرته بكذا عادته

(منها) الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو إخراجه عن ملكه تجب عليه الزكاة ولو صرف أكثر أمواله في ملك مالا زكاة فيه كالعقار والحلى فهل ينزل منزلة الفار على وجهين ؟ (ومنها) المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من أرثها منه إلا أن تنتفى التهم بسؤال الزوجة ونحوه ففيه روايتان (ومنها) القاتل لموروثه لا يرثه ، وسواء كان متبهما أو غير متهم عند أكثر الأصحاب وحكى ابن عقيل في مفرداته وعمد الأدلة وجهها أنه متى انتفت التهمة كقتل الصبي والمجنون لم يتمتع الأثر قال وهو أصح عندى (ومنها) قتل الموصى له الموصى بعد الوصية فإنه تبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقين (ومنها) السكران بشرب الخمر عمدا يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه في المشهور من المذهب بخلاف من سكر ينج ونحوه (ومنها) لو أزال (١) عقله بان ضرب رأسه فجرح فإنه لا يقع طلاقه على المنصوص لأن ذلك مما لا تدعو النفوس إليه بل في الطبع وازع عنه ، وكذلك لا يجب عليه قضاء الصلاة إذا جن في هذه الحالة على الصحيح (ومنها) تخليل الخمر لا يفيد حله ولا طهارته على المذهب الصحيح (ومنها) ذبح الصيد في حق المحرم لا يبيحه بالكلية وذبح المحل للمحرم لا يبيحه للمحرم المذبوح له وفي حله لغيره من المحرمين وجهان ، ولا يرد على هذا ذبح الغاصب والسارق لأن ذبحهما لا يترتب عليه الإباحة لهما فإنه باق على ملك المالك ولا إباحة بدون إذنه مع أن أبا بكر التزم تحريمه مطلقا وحكاه رواية ويلتحق بهذه القاعدة

(قاعدة) من تعجل حقه أو ما أبيع له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه ويدخل فيها من مسائل : الأولى مسألة قتل الموروث والموصى له (ومنها) الغال من الغنيمة يحرم أسهمه منها على إحدى الروايتين (ومنها) من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأيد على رواية (ومنها) من تزوجت بعبدها فإنه يحرم عليها على التأيد كما روى عن عمر رضي الله عنه نص عليه أحمد في رواية عبد الله ذكره الخلال في أحكام العبيد عن الخضر بن المثنى الكندي عنه . والخضر هذا مجهول تفرد عن عبد الله برواية المناكير التي لا يتابع عليها (ومنها) من اصطاد صيدا قبل أن يحل من إحرامه لم يحل له وإن تحلل حتى يرسله ويطلقه ، وأما إذا قتل الغريم غريمه فإنه يحل دينه عليه كما لو مات صرح به جماعة من الأصحاب . ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يحل طردا للقاعدة

(القاعدة الثالثة بعد المائة)

الفعل الواحد يبنى بعضه على بعض مع الاتصال المعتاد ولا ينقطع بالتفرق اليسير ولذلك صور : (منها) مكثرة الماء النجس القليل بالماء الكثير يعتبر له الاتصال المعتاد دون صب القلتين

(١) في ٧١١ دون « ومنها لو » وقد اكتفى بكلمة أو

دفعه واحدة (ومنها) الوضوء إذا اعتبر حالة الموالاة لم يقطعه التفرق اليسير ، وهل الاعتبار بالعرف أو بجفاف الأعضاء على روايتين (ومنها) الصلاة يجوز البناء عليها إذا سلم ساهياً مع قرب الفصل ولا تبطل بذلك (ومنها) المسافر إذا أقام مدة يومين فهو سفر واحد ينبنى بعرضه على بعض وان زاد لم يبن (ومنها) إذا ترك العمل في المعدن الترك المعتاد أو لعذر ولم يقصد الإهمال ثم عاد إلى الاستخراج ضم الأول إلى الثاني في النصاب (ومنها) الطواف إذا تخلله صلاة مكتوبة أو جنازة ينبنى عليه سواء قلنا الموالاة سنة أو شرط على أشهر الطريقتين للأصحاب (ومنها) لو حلف لا أكلت إلا أكلة واحدة في يومى هذا فأكل متواصلاً لم يحنث وان تفرق التفرق المعتاد على الأكلة الواحدة ولو طال زمن الأكل وان قطع ثم عاد بعد طول الفصل حنث ذكره القاضى في خلافه في القطع في السرقة والامدى. وقياسه لو حلف لا وطئها إلا مرة واحدة فان الوطء في العرف عبارة عن الوطء التام المستدام إلى الانزال ولا يبعد أن يقال مثله فيمن رتب على مطلق الوطء. وفي الترغيب انه ظاهر كلام أصحابنا فيما إذا قال ان وطئتك فوالله لا وطئتك ولكن لمصوص الحنث بالتقاء الحثانين، وقد ذكر القاضى وجها انه لاحق على من أكمل الوطء المعلق عليه الإطلاق الثلاث باتمامه إلى الانزال (ومنها) لو أخرج السارق من الخرب بعض النصاب ثم دخل وأخرج مافيه وكل منهما بانفراده لا يبلغ نصاباً فان لم يطل الفصل بينهما قطع وان طال ففيه وجهان ذكرهما القاضى في خلافه وصاحب المحرر عنه في الترغيب وقال اختار بعض شيوخى انه لا قطع مع طول الفصل (ومنها) إذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره ثم عاد إليه قبل طول الفصل فهي رضعة واحدة عند ابن حامد وكذا ذكر الامدى أنه لو قطع باختياره لتنفس أو إعياء يلحقه ثم عاد ولم يطل الفصل فهي رضعة واحدة قال ولو انتقل من ثدى إلى آخر ولم يطل الفصل فان كان من امرأة واحدة فهي رضعة واحدة وان كان من امرأتين فوجهان، وحكى أبو الخطاب عن ابن حامد نحو ذلك في جميع الصور إلا في صورة المرأتين وذكر أنها ظاهر كلام الخرقى وحكى عن أبي بكر أنها تكون رضعتين في جميع ذلك وانه ظاهر كلام أحمد والله اعلم

(القاعدة الرابعة بعد المائة)

الرضا بالمجهول قدراً أو جنساً أو وصفاً هل هو رضا معتبر لازم؟ ان كان الملتزم عقداً أو فسخا يصح إبهامه بالنسبة إلى أنواعه أو إلى أعيان من يرد عليه صح الرضا به والزم بغير خلاف وان كان غير ذلك ففيه خلاف ، فالأول له صور :

(منها) ان يحرم منها بمثل ما احرم به فلان أو باحد الانسالك فيصح (ومنها) اذا طلق احدى زوجاته فيصح وتعين بالقرعة على المذهب (ومنها) لو اعتق احد عبيده فيصح ويعين بالقرعة ايضا على الصحيح، وأما الثاني فله صور :

(منها) اذا طلق بلفظ اعجمي من لا يفهم معناه والتزم موجهه عند اهله ففى لزوم الطلاق له وجهان ، والمنصوص فى رواية أبى الحارث أنه لا يلزمه الطلاق وهو قول القاضى وابن عقيل والأكثرين (ومنها) اذا طلق العجمي بلفظ الطلاق ولم يفهم معناه ولكنه التزم موجهه عند العرب فيه الخلاف (ومنها) اذا عتق العجمي أو العربى بغير لغته ولم يفهم معناه ففیه الخلاف ونص أحمد من رواية عبد الله أنه لا يلزم العتق (ومنها) اذا قال لامرأته أنت طالق مثل ما طلق فلان زوجته ولم يعلم فهل يلزمه مثل طلاق فلان بكل حال أولا يلزمه أكثر من واحدة فيه وجهان (ومنها) اذا قال ايمان البيعة تلزمنى لأفعلن كذا ولم يعلم ماهى فيه . وفيه ثلاثة أوجه : أحدها لا تعتقد يمينه بالكلية : والثانى تعتقد اذا لزمها ونواها وبه أفتى أبو القاسم الخرقى فيما حكي عنه ابن بطة قال أبو القاسم وكان أبى يتوقف فيها ولا يجيب فيها بشئ : والثالث يعتد فيما عدا اليمين بالله بشرط النية بناء على أن اليمين بالله لا تصح بالكتابة (١) وفيه وجه رابع وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه أنه يلزمه موجبها نواها أو لم ينوها وصرح به أيضا فى بعض تعاليقه وقال لأن من أصلنا وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة (٢) بالخط وان لم ينوه (ومنها) لو قال ايمان المسلمين تلزمنى ففى الخلاف للقاضى يازمه اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق والظهار والنذر نوى ذلك أو لم ينوه وهو مفرع على قوله فى ايمان البيعة قال الشيخ مجد الدين وذكره اليمين بالله تعالى والنذر مبنى على قولنا بعدم تداخل كفاراتهما فاما على قولنا بالتداخل فيجزئه لها كفارة اليمين وقياس المشهور عن أصحابنا فى يمين البيعة أنه لا يازمه شئ حتى ينويه ويلزمه أو لا يلزمه شئ بالكلية حتى يعلمه أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها مع أن صاحب المحرر لم يحك خلافا على اللزوم هاهنا وان لم ينوها لان ايمان المسلمين معروفة بينهم ولا سيما اليمين بالله وبالطلاق والعتاق بخلاف ايمان البيعة (ومنها) البراءة من المجهول وأشهر الروايات صحتها مطلقا سواء جهل المبرى قدره ووصفه أو جهلها معا سواء عرفه المبرى أو لم يعرفه والثانية لا يصح اذا عرفه المبرى سواء علم المبرى بمعرفته أو لم يعلم وفيه تخريج أنه ان علم معرفته صح وان ظن جهله لم يصح لأنه غار له والثالثة لا يصح البراءة من المجهول وان جهله الا فيما تعذر عليه للضرورة وكذلك البراءة من الحقوق

(١) و (٢) فى جميع النسخ بالكناية

في الاعراض والمظالم (ومنها) البرائة من عيوب المبيع اذا لم يعين منها شئ. وفيه روايتان . اشهرها انه لا يبرأ : والثانية يبرأ إلا من عيب عليه فكتمه لتغريبه وغشه ، وخرج ابو الخطاب وجهاً آخر بالصحة مطلقاً من البرائة من المجهول (ومنها) اجازة الوصية المجهولة وفي صحتها وجهان .

(القاعدة الخامسة بعد المائة)

في اضافة الانشاءات والاخبارات الى المبهمات : اما الانشاءات فمنها العقود وهي انواع . احدها عقود التمليكات المحضة كالبيع والصلح بمعناه وعقود التوثقات كالرهن والكفالة والتبرعات اللازمة بالمقد أو بالقبض بعده كالهبة والصدقة . فلا يصح في مبهم من اعيان متفاوتة كعبد من عبيد وشاة من قطيع وكفالة احد هذين الرجلين وضمان احد هذين الدينين وفي الكفالة احتمال لانه تبرع فهو كالاغارة والاباحة ويصح في مبهم من اعيان متساوية مختلطة كقفيز صبرة فان كانت متميزة متفرقة ففيه احتمالان ذكرهما في التاخيص ، وظاهر كلام القاضى الصحة فانه ذكر في الخلاف أنه يصح اجارة دين من اعيان متقاربة النفع لأن المنافع لا تتفاوت كالأعيان وان كانت مختلفة من جنس واحد كصبرة مختلفة الاجزاء فوجهان . احدهما البطلان كالأعيان المتميزة . والثاني الصحة وله من كل نوع بخصته .

والثاني عقود معاوضات غير متعوضة كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ففى صحتها على مبهم من اعيان مختلفة وجهان اصحهما الصحة وفي الكناية طريقان . احدهما انها كذلك وهي طريقة القاضى : والثاني لا تصح وجهاً واحداً لأن عوضها مال محض .

والثالث عقد تبرع معاق بالمولت فيصح في المبهم بغير خلاف لما دخله من التوسع كعبد من عبيده وشاة من قطيعه وهل يعين بتعيين الورثة أو بالقرعة على روايتين . ومثله عقود التبرعات كاعارة احد هذين الثوبين واباحة احد هذين الرغيفين ، وكذلك عقود المشاركات والامانات المحضة مثل أن يقول ضارب باحدى هاتين المائتين وهما في كيسين ودع عنك الأخرى [عندك] وديعة أو ضارب من هذه المائة بخمسين فانه يصح التماثل ذكره صاحب التاخيص . فاما ان كان الايهام في التملك فان كان على وجه يؤول الى العلم كقوله أعطوا احد هذين كذا صحت الوصية كما لو قال في الجعالة من رد عبدي فله كذا . وان كان على وجه لا يؤول الى العلم كالوصية لأحد هذين ففيه روايتان وعلى الصحة يميز بالقرعة : وأما الفسوخ فمأوضوع منها على التغليب والسرابة صح في المبهم كالطلاق والعناق، وخرج صاحب التاخيص وجهها في الواف انه كالتق لما فيه من التحرير والمذهب خلافه لأن الوقف عقد

تمليك فهو بالهبة أشبه: وأما الاخبارات فما كان منها خبراً دينياً أو كان يجب به حق على المخبر قبل في الميهم، فان تعلق به وجوب حق على غيره لم يقبل الا فيما يظهر له فيه عذر الاشتباه ففيه خلاف. وان تعلق به وجوب الحق على غيره لغير دفع حكمه حكم اخبار من وجب عليه الحق ويخرج على ذلك مسائل: (منها) لو أخبره ان كلباً وانغ في أحد هذين الاناثين لا بعينه قبل وصار كن أشبه عليه طاهر بنجس، وكذلك لو أخبره بنجاسة أحد الثوبين، أو أن أحد هذين اللحمين ميتة والآخر مذكاة ونحو ذلك (ومنها) الاقرار فيصح الميهم ويازم بتعيينه مثل أن يقول أحد هذين مالك لفلان، أو له عندى درهم أو دينار. ويصح للميهم كما لو أقر انه اعتق أحد هذين العبدین، أو اعتقه موروثه وكذلك اذا أقر انه زوج إحدى بناته من رجل ولم يسمها ثم مات فانها تميز بالقرعة على المنصوص، وكذلك لو أقر أن هذه العين التي في يده لأحد هذين وديعة ولا أعلمه عينا فانها يقتصران عليها نص عليه، وكذا لو أقر أنه باع هذه العين من أحد هذين وهما يدعيانها فانها يقتصران ولو كانت في يد أحدهما. نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجلين ادعى كل واحد منهما انه اشترى من رجل ثوباً وقال أحدهما اشتريته بمائة وقال الآخر بمائتين وأقر البائع انه باعه بمائتين ولم يعين، فانه يقرع بينهما وان أقاما بيتتين وكان الثوب في يد أحدهما، وهذا اختيار أبي بكر ولا اعتبار بهذه اليد للعلم بمسندها. وعنه رواية أخرى أنها يد معتبرة فتكون العين لصاحبها ومع تعارض البيتين يخرج على الخلاف في بيئة الداخل والخارج (ومنها) الدعوى بالميهم فان كانت بما يصح وقوع العقد عليه مبهما كالوصية والعبد المطلق في الميهم (١) ونحوه فانها تصح قال في الترغيب وألحق أصحابنا الاقرار بذلك قال والصحيح عندى أن دعوى الاقرار بالمعلوم (٢) لا يصح لأنه ليس بالحق ولا موجب فكيف بالمجهول. وأما الدعوى على الميهم فلا تصح ولا تسمع ولا يثبت بها قسامة ولا غيرها. فلو قال قتل أبي أحدهؤلاء الخمسة لم يسمع. قال في الترغيب ويحتمل أن يسمع للحاجة فان مثله يقع كثيراً ويخلف كل واحد منهم قال وكذلك يجرى في دعوى الغصب والاتلاف والسرقة ولا يجرى في الاقرار والبيع اذا قال نسيت لانه نسي (ومنها) الشهادة بالميهم فان كان المشهود به [يصح] مبهما صححت الشهادة به كالعق والطلاق والاقرار والوصية والا لم يصح لاسيما الشهادة التي لا تصح بدون دعوى فانها تابعة للدعوى في الحكم إما ان شهدت البيئة انه طاق أو اعتق أو ابطل وصية معينة وادعت نسيان عينها ففي القبول وجهان حكاهما في المحرر وجزم ابن أبي موسى بقبول الشهادة بالرجوع عن أحد الوصيتين مطلقاً وكذلك حكى عن أبي بكر ونقل ابن منصور عن أحمد في شاهدين شهدا على رجل

(١) في نسختي الدار. المطلق في الرهن. (٢) كذا فيهما وفي نسختنا. بالمعدوم.

انه اخذ من يتيم الفا وشهد آخران على آخر انه هو الذى اخذها يأخذ الولي بأيهما شاء ولعل المراد انه اذا صدق احدى البيتين حكم له بها.

«فصل» ولو تعلق الانشاء باسم لا يتميز به مسماه لوقوع الشر كنه فيه فان لم ينوه في الباطن معينا فهو كالتصريح بالابهام وان نوى به معينا فان كان العقد مما لا يشترط له الشهادة صحح والا ففيه خلاف والاخبار تابع للانشاء في ذلك ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز مسماه لا يصح. فلو قال زوجتك بنى وله بنات لم يصح واما ان عيناني الباطن واحدة وعقدا العتد عليها باسم غير مميز نحو أن يقول بنى وله بنات أو يسميها باسم وينوي في الباطن غير مسماه ففي الصحة وجهان اختار القاضى في موضع الصحة وأبو الخطاب والقاضى في موضع آخر البطلان ، وما أخذه أن النكاح يشترط له الشهادة ويتعذر الاشهاد على النية. وعن أبي حفص العكبرى ان كانت المسماة غاطا لا يحل نكاحها لكونها مزوجة أو غير ذلك صحح النكاح والا فلا ، فلو وقع مثل هذا في غير النكاح مما لا يشترط له الشهادة فان قلنا في النكاح يصح ففي غيره أولى، وان قلنا في النكاح لا يصح فمقتضى تعليل من علل باشتراط الشهادة أن يصح في غيره مما لا يعتبر الاشهاد عليه لصحتها (ومنها) الوصية لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فله حالان أحدهما أن يعلم بقرينة أو غيرها أنه أراد واحدا منهما معينا وأشكل علينا معرفته فهنا يصح الوصية بغير تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب في اشتباه المستحق للمال بغيره من الزوجة المطلقة والساعة المبيعة وغيرها : والحالة الثانية ان يطلق وقد يذهل عن تعيين أحدهما بعينه فهو كالوصية لأحدهما منهما ، وكذلك حكى الأصحاب في الصحة روايتين ولكن المنصوص عن أحمد الصحة . قال صالح : سألت أبا عن رجل مات وله ثلاثة غلمان ثلاثتهم اسمهم فرج فوصى عند موته فقال فرج حر وفرج له مائة وفرج ليس له شيء . قال أبى : يقرع بينهم فن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائة فلا شيء له وذلك انه عبد والعبد هو وماله لسيده . وهذا يدل على الصحة مع اشتراك الاسم لأنه انما عاى البطلان ههنا لكونه عبدا فدل على انه لو كان حرا لاستحق ، وزعم صاحب المغنى ان رواية صالح تدل على بطلان الوصية وخالفه صاحب المحرر . ونقل حنبل قال ابو عبد الله : في رجل له غلامان اسمهما واحد فوصى عند موته فقال فلان حر بعد موتى لأحد الغلامين وله مائتا درهم ، وفلان ليس هو حر واسمها واحد فقال يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائتين فليس له شيء وذلك انه عبد والعبد وماله لسيده وهذه لا تدل على مثل ما دلت عليه رواية صالح لكن السؤال يقتضى ان الموصى له بالمائتين هو العتيق والجواب يدل على خلافه ، ومن

ثم زعم صاحب المحرر أنها تدل على بطلان الوصية للإبهايم وليس كذلك لأنه إنما علل بكونه عبداً لم يعتق وتأولها القاضي وابن عقيل على أن الوصية لم تصح لكونه عبداً حال الإيصال ولا يكفي حريته حال الاستحقاق ، وعلى هذا فلا تصح الوصية لأم الولد والمدبر وهو ضعيف جداً . وجواب أحمد إنما يتنزل على أن الموصى له بالدراهم غير المعتق . ونقل يعقوب بن بختان أن أبا عبد الله سئل عن رجل له ثلاثة غلمان اسم كل واحد منهم فرج ، فقال فرج حر وفرج مائة درهم . قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو حر والذي أوصى له بالمائة لا شيء له لأن هذا ميراث ، وهذه الرواية من جنس ما قبلها حيث علل فيها بطلان الوصية بكون العبد الموصى له ميراثاً للورثة فهذه الروايات التي ساقها الخلال في الجامع وكلها دالة على الصحة وهو قول القاضي . وسأفها أبو بكر في الشافعي على أن الموصى له بالدراهم هو المعتق وإن أحمد صحح الوصية له في رواية صالح وأبطلها في رواية حنبل . قال أبو بكر : وبالصحة أقول ، وفي الخلال أيضاً عن مهنا أن أحمد قال في رجلين شهدا على رجل أنه أوصى عند موته لفلان بن فلان من أصحاب فلان ألف درهم أو أحاله بها والشهود لا يعرفون فلان بن فلان كيف يصنعون وقد مات الرجل ؟ قال : ينظرون في أصحاب فلان فيهم فلان بن فلان من أصحاب فلان ؟ قلت : فإن جاء رجلان فقال كل واحد منهما أنا فلان بن فلان من أصحاب فلان . قال : فلا يدفع إليها شيئاً حتى يكون رجل واحد ، والظاهر أن أحمد لم يتوقف في الدفع إلا ليتيقن المستحق من غيره لا لصحة الوصية فإنها ههنا لمعين في نفس وإنما اشتبه علينا لاشتراك الاسمين فلذلك وقف الدفع على معرفة عين المستحق إذا رجي انكشاف الحال وأما مع الإياس من ذلك فيتعين تعيين المستحق بالقرعة قاله بعض الأصحاب المتقدمين وهو الحق .

(ومنها) اشتباه المدعى عليه إذا كتب القاضي إلى قاضي بلد آخر أن لفلان على فلان بن فلان المسمى الموصوف كذا فأحضره المكتوب إليه بالصفة والنسب فادعى أن له مشاركا في ذلك ولم يثبت حكم عليه وإن ثبت أن له مشاركا في الاسم والصفة والنسب وقف حتى يعلم الخصم منهما ولم يحز القضاء مع عدم العلم . أما لو كان المدعى المكتوب فيه حيواناً أو عبداً موصوفاً ولم يثبت له مشارك ففيه وجهان أشهرهما أنه يسلم إلى المدعى مختوم العتق (١) ويؤخذ منه كفيل حتى يأتي القاضي الكاتب فيشهد الشهود على عينه ويقضي له به ، وإن (٢) يشهدوا على عينه وجب رده إلى الحاكم الذي سلمه ويكون في ضمان الذي أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق . والوجه الثاني لا يسلم

(١) في الأصل محتوج العتق وفي نسخة الدار (مختوم العتق) (٢) كذا في الأصول ولعل

الصواب وإن لم يشهدوا الخ

الا بالشهادة على عينه . والفرق بينها وبين التي قبلها أن الحر قد طابق قول المدعى اسمه ونسبه وصفته فيبعد الاشتراك في ذلك والعبد والحسيوان إنما حصل الاتفاق في وصفه أو في وصفه واسمه والوصف كثير الاشتباه وكذلك الاسم . ونظير هذا ما ذكره في شهادة الأعمى أنه ان عرف المشهود عليه باسمه ونسبه قبلت شهادته وان عرفه برؤيته قبل عماء فوصفه ففى قبولها وجهان لأن الوصف المجرد يحصل فيه الاشتراك (ومنها) لو كان له ابنتان اسمهما واحد فوهب لاحدهما شيئاً أو أقر لها ثم مات ولم يبين فقال القاضى فى بعض تعاليقه قياس المذهب اخراج المستحقة منها بالقرعة كما لو أقر أنه زوج إحدى بناته ثم مات ولم يبين ، وهذا صحيح لأن الهبة والاقرار هنا وقع لمعنى فى الباطن وإنما أشكل علينا الوقوف عليه فيميز بالقرعة (ومنها) لو وجد فى كتاب وقف أن رجلاً وقف على فلان وبنى بنيه واشتبه هل المراد بنى بنيه (جمع ابن) او بنى بنيه (واحدة البنات) قال ابن عقيل فى فتونه : يكون بينهما عندنا لتساويهما كما فى تعارض البيّنات . قال الشيخ تقي الدين : ليس هذا من تعارض البيّنات بل هو بمنزلة تردد البيّة الواحدة ولو كان من تعارض البيّنات فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة والا فالصحيح إما التساقط وإما القرعة فيحتمل أن يقرع ههنا لأن الحق ثبت لأحدى الجهتين ولم يعلم عينها ، ويحتمل أن يرجح بنو البنى لأن العادة أن الانسان اذا وقف على ولد بنيه (١) لا يخص منهما الذكور بل يعم أولادهما بخلاف الوقف على ولد الذكور فانه يخص ذكورهم كثيراً كأبائهم (٢) ولأنه لو أراد ولد البنت لسمّاها باسمها أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته قال وهذا أقرب إلى الصواب . وافق رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد وجهل اسمه أنه يميز بالقرعة

﴿ القاعدة السادسة بعد المائة ﴾

ينزل المجهول منزلة المعلوم وان كان الأصل بقاؤه اذا يئس من الوقوف عليه أو شق اعتباره وذلك فى مسائل :

(منها) الزائد على ما تجلّسه المستحاضة من أقل الحيض أو غالبه الى منتهى أكثره ، حكمه حكم المعلوم حيث حكمنا فيها للمرأة بأحكام الطاهرات كلها فان مدة الاستحاضة تطول ولا غاية لها تنتظر بخلاف الزائد على الأقل فى حق المبتدأة على ظاهر المذهب حيث تقضى الصوم الواقع فيه قبل ثبوت العادة بالتكرار لأن أمره يتكشف بالتكرار عن قرب . وكذلك النفاس المشكوك

(١) فى ٧١١ : بته (٢) فى ٧١١ كأنائهم

فيه تقضى فيه الصوم لأنه لا يتكرر (ومنها) اللقطة بعد الحول فانها تملك لجهالة ربها ومالا يملك منها يتصدق به عنه على الصحيح وكذلك الودائع والغصوب ونحوها (ومنها) مال من لا يعلم له وارث فانه يوضع في بيت المال كالضائع مع أنه لا يخلو من بنى عم على اذ الناس كلهم بنو آدم فمن كان أسبق الى الاجتماع مع الميت في أب من آبائه فهو عصبته ولكنه مجهول فلم يثبت له حكم وجاز صرف ماله في المصالح ، وكذلك لو كان له مولى معتق لورثه في هذه الحالة ولم يلتفت إلى هذا المجهول . ولنا رواية أخرى أنه ينتقل إلى بيت المال ارثاً لهذا المعنى فان أريد أن اشتباه الوارث بغيره يوجب الحكم بالارث للكل فهو مخالف لقواعد المذهب وان أريد أنه ارث في الباطن لمعين فيحفظ ميراثه في بيت المال ثم يصرف في المصالح للجعل بمستحقه عيناً فهو الاول بمعنى واحد وينبني على ذلك مسألة اقتصاص الامام بمن قتل من لا وارث له وفي المسألة وجهان منهم من بناهما على أن بيت المال هل هو وارث أم لا . ومنهم من قال لا ينبني على ذلك ثم لهم طريقان : أحدهما أنه لا يقتصر ولو قلنا بانه وارث لأن في المسلمين الصبي والمجنون والغائب وهي طريقة أبي الخطاب . والثاني يجوز الاقتصاص وان قلنا ليس بوارث لأن ولاية الامام ونظره في المصالح قائم مقام الوارث وهو مأخذ ابن الزاغوني (ومنها) اذا اشتبهت اخته بنساء أهل مصر جازله الاقدام على النكاح من نسائه ولا يحتاج الى التحري في ذلك على أصح الوجهين ، وكذلك لو اشتبهت ميتة بلحم أهل مصر أو قرية أو اشتبه حرام قليل بمباح كثير ونحو ذلك إلا أن يكثر الحرام ويغلب فيخرج المسألة على تعارض الأصل والظاهر كثياب الكفار وأوانيهم (ومنها) طين الشوارع محكوم بطهارته على الصحيح المنصوص (ومنها) اذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها فانها تميز بالقرعة ويحل له وطئ البواقي على المذهب الصحيح المشهور وكذلك لو أعتق واحدة من إماءه (ومنها) اذا أحرم بنسك وأنسيه ثم عينه بقران فانه يجزئه عن الحج ، وهل يجزئه عن العمرة وجهين أشهرهما عند المتأخرين لا يجزئه لجواز أن يكون أحرم بحج أولاً ثم أدخل عليه العمرة بنية القران فلا تصح عمرته . والثاني يجزئه لأنه انما يمنع من ادخال العمرة على الحج مع العلم فاما مع عدمه فلا تنزيلاً للمجهول كالمعدوم فكانه ابتداء الاحرام بهما من حين التعيين

(القاعدة السابعة بعد المائة)

تمليك المعدوم والاباحة له نوعان : أحدهما أن يكون بطريق الاصل فالمشهور أنه لا يصح . والثاني أن يكون بطريق التبعية فيصح في الوقف والاجازة وهذا اذا صرح بدخول المعدوم فاما

ان لم يصرح وكان المحل لا يستازم المعدوم ففي دخوله خلاف ، وكذا لو انتقل الوقف الى قوم
فحدث من يشاركهم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل :

(منها) الاجازة لفلان وامن يولد له فانها تصح وفعل ذلك أبو بكر بن أبي داود [وهو] من أعيان
أصحابنا فانه أجاز لشخص وولده ولحبلى الحبلة (ومنها) الاجازة لمن يولد لفلان ابتداء فافق القاضى
فيها بالصحة مطلقا نقله عنه أبو بكر الخطيب . وقياس قوله في الوقف عدم الصحة (ومنها) الوقف
على من سيولد له فصرح القاضى في خلافه بانه لا يصح لانه وقف على من لا يملك في الحال واقتصر
عليه فلم يصح كالوقف على العبد . قال أحمد : في رواية صالح الوقف انما يكون أن يوقفه على ولده
أو من يكون من أقاربه فاذا انقرضوا فهو صدقة على المساكين أو من رأى (١) قال الشيخ مجاهد الدين
ظاهره يعطى صحة الوقف ابتداء على من يولد له أو من يوجد من أقاربه وهذا عندى وقف معلق
بشرط انتهى . ويمكن أن يحمل على أن مراده من يكون [وجودا] من أقاربه فيكون كان ناقصة وخبرها
محذوفا (ومنها) الوقف على ولده وولد ولده أبدا أو من يولد له فيصح بغير اشكال نص عليه (ومنها)
لو وقف على ولده وله أولاد موجودون ثم حدث له ولد آخر ففي دخوله روايتان وظاهر كلام
أحمد دخوله في المولود قبل تأخير النخل (٢) وقد سبق وهو قول ابن أبي موسى وظاهر كلام القاضى
وابن عقيل وأفتى به [ابن] الزاغوني (ومنها) لو وقف على ولده ثم على ولدهم أبدا على أن مات عن
ولد فنصيبه لولده ومن مات عن غيره ولد فنصيبه لمن في درجته فكان في درجته عند موته اثنان
مثلا فتناولا نصيبه ثم حدث ثالث فل يشاركهم يخرج فيه وجهان من التي قبلها والدخول هنا
أولى وبه أفتى الشيخ شمس الدين ابن أبي عمر المقدسى لأن الوقف على الأولاد قد يلحظ فيهم أعيان
الموجودين عند الوقف بخلاف الدرجة والطبقة فانه لا يلحظ فيه الا مطلق الجهة وعلى هذا فلو حدث
من هو أعلى من الموجودين وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى فانه يفتقره (٣) منهم واما حكم
الوصية فانها لا تصح للمعدوم بالاصالة كمن [أوصى] بحمل هذه الجارية صرح به القاضى وابن عقيل وفي
دخول المتجدد بعد الوصية وقبل موت الموصى روايتان . وذكر القاضى فيمن وصى لمواليه وله
مدبرون وأمهات أولاد أنهم يدخاون وعال بأنهم موال حال الموت والوصية تعتبر بحال الموت
وخرجه الشيخ تقي الدين على الخلاف في المتجدد بين الوصية والموت . قال : بل هذا متجدد
بعد الموت فمنعه أولى وهذا الذي قاله يتوجه إن علقنا الوصية بصدق الاسم فاما ان كان قصد الموصى
(١) كذا في الاصول الثلاثة . وبهامش ٧١١ لعله (أو من يأتي) . (٢) هذا نص في نسخة الدار
ونسختنا تأثير الفعل ولعله تصحيف . (٣) في ٧١١ فانه ينزعه . وفي ٧١٢ فانه يصير منهم

الوصية لأعيان رقيقه وسماهم باسم يحدث لهم فانهم يستحقون الوصية بغير توقف . وافق الشيخ أيضا بدخول المردوم في الوصية تبعاً لكون وصي بغلة ثمرة للفقراء الى أن يحدث لولده ولد فيكون وهو له قريب من تعليق الوصية بشرط آخر بعد الموت . والمنصوص عن أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان فيمن أوصى أن يتصدق في سكة فلان بكذا وكذا فسكنها قوم بعد موت الموصي قال إنما كانت الوصية للذين كانوا ثم قال ما أدري كيف هذا ؟ قبل له فيشبه هذا الكورة قال لا الكورة وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى ، ينزل قوم ويخرج قوم يقسم بينهم . ففرق بين الكورة والسكة لأن الكورة لا يلحظ الموصي فيها قوما معينين لعدم انحصار أهلها وإنما المراد تفريق الوصية الموصى بها فيستحق المتجدد فيها بخلاف السكة فإنه قد يلحظ أعيان سكانها الموجودين لحصرهم ، ويفارق الوقف في ذلك الوصية لأن الوقف تحبیس وتسييل يتداول المتجدد من الطباق فكذا الطبقة الواحدة بخلاف الوصية فإنها تملك فيستدعى موجودا في الحال

﴿ القاعدة الثامنة بعد المائة ﴾

ما جهل وقوعه مترتباً أو متقارناً هل يحكم عليه بالتقارن أو بالتعاقب فيه خلاف ، والمذهب الحكم بالتعاقب لبعده التقارن . ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المتوارثان إذا ماتا جملة بهدم أو غرق أو طاعون و جهل تقارن موتهما وتعاقبه حكماً بتعاقبه على المذهب المشهور ، وورثنا كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثته من صاحبه . وخرج أبو الخطاب رواية أخرى بعدم التوارث للشك في شرطه وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت و جهل عينه أو علم عينه ثم نسي على المذهب لكن هذا يستند الى أن تيقن الحياة لا يشترط للتوريث (ومنها) إذا أقيم في المصر جمعتان لغير حاجة وشك هل أحرم بهما معا فيبطلان وتعاد الجمعة أو أحرم بهما متربتين فتصلى الظهر على الوجهين أصحهما تعاد الظهر لأن التقارن مستبعد وعلى الثاني تعاد الجمعة إما لاحتمال المقارنة أو تنزيلاً للمجهول كالمردوم (ومنها) إذا زوج وليان و جهل هل وقع العقدان معا فيبطلان أو متربتين فيصح أحدهما بالقرعة ففيه وجهان أيضاً أحدهما يبطلان لاحتمال التقارن والثاني لاستبعاده (ومنها) إذا أسلم الزوجان الكفران قبل الدخول واختلعا هل أسلما معا أو متعاقبين فهل القول قول مدعى التقارن فلا يفسخ النكاح أو مدعى التعاقب لأن الظاهر معه على وجهين يرجعان الى تعارض الأصل والظاهر (ومنها) إذا كان في يد رجل عبد فادعى رجلان كلا منهما أنه باعه هذا العبد بالف وأقاما بذلك بينتين ولم يؤرخا فهل يصح العقدان

ويازمه الثمنان لجواز أن يكونا في عقدين في وقتين مختلفين . وحر استرجاع العقد بينهما أو (١) يتعارض البيئتان ، لجواز أن يكونا عقدا واحدا فيسقطان والأصل برامة ذمته على وجهين

(القاعدة التاسعة بعد المائة)

المنع من واحد مبهم من اعيان أو معين مشتبهة باعيان يؤثر الاشتباه فيها المنع بمنع التصرف في تلك الأعيان قبل تمييزه ، والمنع من الجمع بمنع من التصرف في القدر الذي يحصل به الجمع خاصة ، فإن حصل الجمع دفعة واحدة منع من الجميع مع التساوى ، فإن كان لواحد منهما مزية على غيره بأن يصح وروده على غيره ولا عكس اختص الفساد به على الصحيح والمنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع يقتضى العموم ، فلا أول أمثلة :

(منها) إذا طاق واحدة مبهمه منع من وطء زوجاته حتى يميز بالقرعة على الصحيح ، وحكى رواية أخرى أنه يميزها بتعيينه (ومنها) إذا أعتق أمة من إمانه مبهمه منع من وطء واحدة منهن حتى تميز المعتقة بالقرعة وفيه وجه بالتعيين (ومنها) إذا اشتبهت المطلقة ثلاثا بزوجاته منع من وطء واحدة منهن حتى يميز المطلقة وتميزها بالقرعة على ظاهر المذهب (ومنها) لو اشتبهت أخته بعدد محصور من الأجنيات منع من الزوج بكل واحدة منهن حتى يعلم أخته من غيرها (ومنها) إذا اشتبهت ميتة بمذكاة فإنه يمنع من الأكل منهما حتى يعلم المذكاة (ومنها) اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة يمنع من الطهارة بواحدة منها حتى يتبين على الظاهر (ومنها) لو حلف بالطلاق لا يأكل ثمرة فاختلطت في تمر فانه يمنع من أكل ثمرة منه حتى يعلم عين الثمرة ، وإن كنا لانحكم عليه بالحنث باكل واحدة (ومنها) لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يطأ واحدة منهن ونوى واحدة مبهمه فانه يمنع من الوطء حتى يميزها بالقرعة وقيل بتعيينه (ومنها) لو أعطينا الأمان لواحد من أهل حصن أو أسلم واحد منهم ثم تداعوه حرم قتلهم بغير خلاف ، وفي استرقاقهم وجهان : أحدهما وهو المنصوص أنه يحرم مع التداعي : والثاني أنه يخرج واحد منهم بالقرعة ويرق الباتون ، وهو قول أبي بكر والخرقى ورجحه ابن عقيل في روايته الحاقلة باشتباه المعتق بغيره ، وكما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولدتهم مات ولم يوجد فافاة دانا نقرع لاخراج الحرية (٢) وإن كان أحدهما حر الأصل والصحيح الأول لأن أهل الحصن لم يسبق لهم رق فارقاقهم إلا واحدا يؤدي إلى ابتداء الأرقاق مع الشك في إباحته بخلاف ما إذا كان أحد المشتبهين رقيقا فأخرج غيره بالقرعة فانه إنما يستدام الرق مع

(١) لعلمنا أن . (٢) في نسختنا: الجزية والتصحيح عن ٧١١

الشك في زواله ، وللثاني أمثلة :

(منها) إذا ملك أختين أو أما وبنات فالمشهور أن له الإقدام على وطء واحدة منهما ابتداءً فإذا فعل حرمت الأخرى، وعن أبي الخطاب أنه يمنع من وطء واحدة منهما حتى تحرم الأخرى، ونقل ابن هاني عن أحمد ما يدل عليه وهو راجع إلى تحريم أحدهما مبهمه والأول أصح لأن المحرم هو ما يحصل به الجمع (ومنها) إذا وطئ الأختين واحدة بعد الأخرى يمتنع من وطئهما جميعاً حتى يحرم أحدهما لثبوت استفراشهما جميعاً، أم تباح له الأولى إذا استبرأ الثانية لأنهما إخص بالتحريم حيث كان الجمع حاصلاً بوطنها على وجهين، والأظهر هاهنا الأول لثبوت الفرش لهما جميعاً فيكون الممنوع منهما واحدة مبهمه (ومنها) إذا أسام الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة فأسلمن أو كن كنيات فالأظهر أن له وطء أربع منهن ويكون اختياراً منه لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الأربع ولام القاضي قد يدل على هذا وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار (ومنها) أو قال أزواجه الأربع والله لا وطئهن وقانا لا تحنث بفعل البعض فاشهر الوجهين أنه لا يكون مولياً حتى يوطأ ثلاثاً فيصير حينئذ مولياً من الرابعة وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلا تكون يمينه مانعة بخلاف ما إذا وطئ ثلاثاً فإنه لا يمكنه وطء الرابعة بدون حنث، والثاني هو مول في الحال من الجميع وهو قول القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده، وقال هو ظاهر كلام أحمد ومأخذ الخلاف أن الحكم المعلق بالهيئة الاجتماعية هل هو حكم على ما يتم به مماها حنث أو على مجموع الأجزاء في حالة الاجتماع دون الانفراد فعلى الثاني يكون مولياً من الجميع ويتوقف حنثه بوطء كل واحدة على وطئ البواقي معها (ومنها) إذا زنى بامرأة وله أربع نسوة ففي التعليق للقاضي يمنع من وطء الأربع حتى يستظهر بالزانية حمل واستبعده الشيخ مجد الدين وهو كما قال لأن التحريم هنا لاجل الجمع بين خمس فيكفي فيه أن يسك عن [وطء] واحدة منهن لاحتمال تستبرئ، وصرح به صاحب الترغيب، وقد ذكر صاحب المغني مثله فيمن أسلم على خمس نسوة ففارق واحدة فإنه يسك عن وطء واحدة منهن حتى تستبرئ، المفارقة (ومنها) إذا تزوج خمساً أو أختين في عقد واحد فالنكاح باطل لأن الجميع حصل به ولا مزية للبعض على البعض فيبطل بخلاف ما إذا تزوجهن في عقود متفرقة وذكر القاضي في خلافه احتمالاً بالقرعة فيها إذا زوج الوليان من رجاين دفعة واحدة وهذا مثله ولكن هذا إلمة تخالف الإجماع قاله الشيخ مجد الدين ولكنه يعتضد بالرواية التي نقلها ابن أبي موسى فيمن قال لعبيده أيسكم جاءني بخبر كذا وكذا فوحر فأتاه به اثنان معانق واحد منهما بالقرعة، وكذلك لو قال

أول غلام يطلع على فهو حر أو أول امرأة تطلع على فهي طالق فطلع عليه عبيده كلهم ونساؤه
اكلهن أنه يطلق ويعتق واحد منهم بالقرعة نص عليه في رواية مهنا وأقره القاضي وصاحب المغنى
في موضع منه على ظاهره وتأولا مرة على أنهم طلّعوا واحدا بعد واحد وأشكل السابق وهذا هو
الظاهر لأنه اجتهد وغيره بعيد، وأما إن كان لبعضهم مزية فله صور :

(منها) إذا تزوج أما وبنتا في عقد واحد ففيه وجهان : أحدهما يبطل النكاحان معاً وهو قول
القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى : والثاني يبطل نكاح الأم وحدها حكاه صاحب الكافي وجزم
به صاحب المحرر لأن نكاح البنت لا يمنع نكاح الأم إذا عرى عن الدخول بخلاف العكس
فكان نكاح الأم أولى بالابطال (ومنها) لو أسلم الكافر على أم وبنت لم يدخل بواحدة منهما
فالمذهب أنه يفسخ نكاح الأم وحدها وتحرم عليه على التأيد ويثبت نكاح البنت نص عليه [أحمد] فيما
ذكره القاضي في خلافه واتفق الأصحاب عليه وبناءه القاضي على أن انكحة الكفار صحيحة فإذا صح
النكاح في البنت صارت أمها من أمهات نسائه فحرمت عليه، قال ولولم يكن صحيحاً فيها كان له
أن يختار أيهما شاء وهذا يخالف ما قرره في الجامع الكبير أن العقد الفاسد في النكاح يحرم ما يحرمه
الصحيح وهذا النكاح ثابته أنه فاسد لأنه مختلف في صحته والمنصوص عن أحمد في رواية أبي
طالب أنه يفرق بينه وبين الأم والبنت وقد حرمتا عليه وهذا محمول على ما إذا وجد الدخول
بهما لأنه قال في تمام هذه الرواية إذا كان تحته أختان فرق بينه وبين أحدهما، وإذا كان تحته فوق
أربع فرق بينه وبين الزيادة فدل على أنه لم يجعله كابتداء العقد (ومنها) لو تزوج كبيرة وصغيرة
ولم يدخل بها حتى أرضعت الصغيرة فسد نكاح الكبيرة لمصيرها من أمهات نسائه وفي الصغيرة
روايتان أحدهما يفسد نكاحها أيضاً كمن عقد على أم وبنت ابتداء والثانية لا يبطل وهي أصح
ومسئلة الجمع في العقد قد سبق الخلاف فيها وعلى التسليم فيها فالفرق بينهما وبين مسئلتنا أن الجمع
ههنا حصل في الاستدامة دون الابتداء والدوام أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم عن أم وبنت
(ومنها) لو كان تحت ذمي أربع نسوة ثم استرق للحوقه بدار الحرب أو غيره قال الشيخ مجدد
الدين يحتمل أن يتخير منهن اثنتين كما لو أسلم عبد وتحت أربع، ويحتمل أن يبطل نكاح الجميع
كالرضاع إلى الحادث المحرم للجمع (ومنها) لو تزوج حرة وأمة في عقد وهو فاقد لشرط
نكاح الاماء فانه يبطل نكاح الأمة وحدها على الأصح لأن الحرية نمتاز عليها بصفة ورود نكاحها
عليها في مثل هذه الحال ولا عكس، وللثالث وهو المنع من القدر المشترك أمثلة :

(منها) لو قال لزوجاته والله لا وطئت احداً كن ناويا بذلك الامتناع من وطء مسمى احدهن

وهو القدر المشترك بين الجميع فيكون موليا من الجميع مع أن العموم يستفاد أيضا من كونه مفردا مضافا إما لو قال لا وطئت واحدة منكن فالمذهب الصحيح أنه يعم الجميع وهو قول القاضي والأصحاب بناء على أن النكرة في سياق النفي يفيد العموم وحكى القاضي عن أبي بكر أنه يكون موليا من واحدة غير معينة وأخذه من قوله إذا آلى من واحدة منهن وأشككت عليه أخرجت بالقرعة ولا يصح هذا الأخذ كما لا يخفى وحكى صاحب المغنى عن القاضي كذلك والقاضي مصرح بخلافه فإنه قال هو إيلاء من الجميع رواية واحدة لكنه قال متى وطئ واحدة منهن انحلت يمينه من الكل بخلاف ما إذا قال لا وطئت كل واحدة منكن أو لا وطئتكن فإنه إذا وطئ واحدة منهن حنث وبقي الإيلاء من البواقي، وإن لم يحنث بوطنين لأن حقه من الوطء لم يستوف، والفرق بين الصور الثلاث أن قوله لا أطأ كل واحدة منكن ولا أطأ كن في قوة أيمان متعددة لاضافته إلى متعدد بخلاف قوله لا أطأ واحدة منكن فإنه مضاف إلى مفرد منكن موضوع بالاصالة لنفي الوحدة وعمومه عموم بدل لاشمول فاليمين فيه واحدة فتحل بالحنث بوطن واحد ولكن مقتضى هذا التفريق أن تتعدد الكفارة في صورتين الأولتين بوطن كل واحدة وهو قياس إحدى الروايتين في الظاهر من نسائه بكلمة واحدة إن الكفارة تتعدد ويمكن أن يقال النكرة في سياق النفي إن قيل إنها تعم بوضعها كما تعم صيغ الجموع فالصور الثلاث متساوية، وإن قيل إن عمومها جاء ضرورة نفي الماهية فالنفي بها واحد لا تعدد فيه وهو الماهية المطلقة فيتجه تفريق القاضي المذكور والله أعلم (ومنها) إذا قال إن خرجتني من الدار مرة بغير إذن فانت طالق ونوى بذلك بين المرات اقتضى العموم بغير أشكال وإن أطلق فقال القاضي في خلافه تنقيد (١) يمينه بمرة واحدة، ومسلم أنه لو أذن لها مرة فخرجت بأذنه ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم تطلق، وخالفه أبو الخطاب وابن عقيل في خلافهما وهو الحق ثم اختلف المأخذ، فقال ابن عقيل ذكر المرة تنبيه على المنع من الزيادة عليها وظاهر كلام أبي الخطاب أن العموم أتى من دخول النكرة في الشرط ولا حاجة إلى ذلك كله فإن اليمين عندنا إنما تنحل بالحنث ولو خرجت مائة مرة بأذنه لم تنحل اليمين بذلك عندنا والمحلوف عليه قائم وهو خروجها مرة بغير إذنه فمضى وجد ترتب عليه الحنث

﴿ القاعدة العاشرة بعد المائة ﴾

من ثبت له أحد أمرين فإن اختار أحدهما سقط الآخر، وإن أسقط أحدهما أثبت الآخر، وإن

(١) في نسختنا تنفيذ والتصويب عن ٧١١

امتنع منهما فان كان امتناعه ضرراً على غيره استوفى له الحق الاصلى الثابت له اذا كان مالياً ، وان لم يكن حقاً ثابتاً سقط وان كان الحق غير مالى الزم بالاختيار وان كان حقاً واجباً له وعليه فان كان مستحقه غير معين حبس حتى يعينه ويوفيه ، وان كان مستحقه معيناً فهل يحبس ويستوفى منه الحق الذى عليه فيه خلاف ، وان كان حقاً عليه وأمكن استيفاؤه منه استوفى ، وان كان عليه حقان أصلي وبدل فامتنع من البدل حكم عليه بالأصل ويندرج تحت هذه القاعدة صور :

(منها) لو عفى مستحق القصاص عنه وقتلنا الواجب له أحد أمرين تعين له المال ولو عفى عن المال ثبت له القود (ومنها) لو اشترى شيئاً فظهر على عيب فيه ثم استعمله استعمالاً لا يدل على الرضا بامساكه لم يسقط حقه من المطالبة بالأرض عند ابن عقيل لأن العيب موجب لأحد شيئين إما الرد وإما الأرض فاسقاط أحدهما لا يسقط به الآخر ، وقال ابن أبي موسى والقاضي يسقط الأرض أيضاً وفيه بعد (ومنها) لو أتاه الغريم بدينه في محله ولا ضرر عليه في قبضه فانه يؤمر بقبضه أو ابرائه فان امتنع قبضه له الحاكم وبرىء غريمه (ومنها) [لو] امتنع الموصى له من القبول والرد حكم عليه بالرد وسقط حقه من الوصية (ومنها) لو نجح مواتاً وطالت مدته ولم يحبه ولم يرفع يده عنه فان حقه يسقط منه (ومنها) لو أسلم على أختين أو أكثر من أربع نسوة وامتنع من الاختيار حبس وعزر حتى يختار (ومنها) لو أخرت المعتقة تحت عبد الاختيار حتى طالت المدة اجبرها الحاكم على اختيار الفسخ أو الإقامة بالتمكين من الاستمتاع (ومنها) لو أبى المولى بعد المدة أن يفيء أو يطلق فروايتان أحدهما يحبس حتى يفيء أو يطلق والثانية يفرق الحاكم بينهما (ومنها) لو حل دين الرهن وامتنع من توفيته وليس ثم وكيل في البيع باعه الحاكم ووفى الدين منه (ومنها) لو ادعى عليه فأنكر وطلب منه اليمين فنكل عنها قضى بالنكول وجعل مقراً لأن اليمين بدل عن الاقرار وعن النكول فاذا امتنع من البدل حكم عليه بالأصل (ومنها) لو نكل المدعى عليه عن الجواب بالكلية فان كانت الدعوى مما يقضى فيها بالنكول فهل يقضى عليه به هاهنا أم يحبس حتى يجيب على وجهين ، وان كانت مما لا يقضى فيها بالنكول كالقتل والحد فهل يحبس حتى يقر أو يخلى سبيله على وجهين

(القاعدة الحادية عشر بعد المائة)

اذا كان الواجب بسبب واحد أحد شيئين فقامت حجة يثبت بها أحدهما دون الآخر فهل يثبت أم لا ؟ على روايتين ويخرج عليهما مسائل :

(منها) اذا قلنا موجب قتل العمد أحد شيئين فاذا ادعى أولياء المقتول على ولي القاتل في القسامة

فشكل فهل يلزمه الدية على روايتين (ومنها) لو ادعى جراحة عمداً على شخص وأتى بشاهد وامرأتين فهل تلزمه ديتها على روايتين والصحيح فيها عدم وجوب الدية لثلاث يلزم أن يجب بالقتل الدية عيناً وأما أن قلنا أن موجب القتل القصاص عيناً فالدية بدل فلا يجب بما لا يجب به المبدول (ومنها) شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عبداً عمداً فهل يثبت بذلك غرم قيمة العبد دون القود على روايتين حكاهما صاحب المحرر ، وذكر أن رواية وجوب القيمة رواها ابن منصور . وتأملت رواية ابن منصور فإذا ظاهرها أن القاتل كان حراً فلا يكون جنايته موجبة للقود، فلا تكون المسألة من هذا القبيل بل من نوع آخر وهو إذا كانت الجناية موجبة للمال عيناً وقامت بها بينة يثبت بها المال دون أصل الجناية فهل يجب بها المال على روايتين، كما لو كانت الجناية خطأ أو عمداً يوجب المال دون القود وأتى عليها بشاهد وامرأتين أو ادعى قتل كافر في الصف وأتى بشاهد وحلف معه فهل يستحق بذلك سلبه على الروايتين

﴿ القاعدة الثانية عشر بعد المائة ﴾

إذا اجتمع للضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً لأن الزيادة لا ضرورة اليها فلا يباح ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا وجد المحرم صيداً وميته فانه يأكل الميتة نص عليه أحمد لأن في أكل الصيد ثلاث جنایات صيده وذبحه وأكاه ، وأكل الميتة فيها جنایة واحدة ، وعلى هذا فلو وجد لحم صيد ذبحه محرم وميته فانه يأكل لحم الصيد قاله القاضي في خلافه لأن كلا منهما فيه جنایة واحدة ويتميز الصيد بالاختلاف في كونه مذكي وفي هذا نظر فان أكل الصيد جنایة على الاحرام ولهذا يلزمه بها الجزاء عند الحنفية وهو مستغنى عن ذلك بالأكل من الميتة ثم وجدت أبا الخطاب في انتصاره اختار أكل الميتة وعلمه بما ذكرنا، ولو وجد بيض صيد فظاهر كلام القاضي أنه يأكل الميتة ولا يكسره ويأكله لأن كسره جنایة كذبح الصيد (ومنها) نكاح الاماء والاستمناء كلاهما انما يباح للضرورة ويقدم نكاح الاماء كما نص عليه ابن عباس لأنه مباح بنص والآخر متردد فيه، وقال ابن عقيل في مفرداته الاستمناء احب الى من نكاح الامة. وفيه نظر وأما نكاح الاماء ووطء المستحاضة فقال ابن عقيل انما يباح ووطء المستحاضة عند خوف العنت وعدم الطول لنكاح غيرها ، وظاهر هذا أن نكاح الاماء مقدم عليه ، ويتوجه بما ذكرنا من النص على اباحة نكاح الاماء دون ووطء المستحاضة فانه في معنى ووطء الحائض لكونه دم أذى (ومنها) من أبيع له الفطر لشبقة فلم يمكنه الاستمناء

واضطرب الى الجماع في الفرج فله فعله فان وجد زوجة مكلفة صائمة وأخرى حائضة ففيه احتمالان ذكرهما صاحب المغنى أحدهما وطء الصائمة أولى لأن أكثر ما فيه أنها تفطر لضرر غيرها وذلك جائز لفطرها لأجل الولد، وأما وطء الحائض فلم يعهد في الشرع جوازه فانه حرم للأذى ولا يزول الأذى بالحاجة اليه : والثاني مخير لتعارض مفسدة وطء الحائض من غير افساد عبادة عليها وافساد صوم الطاهرة والأول هو الصحيح لما ذكرنا من اباحة الفطر لأسباب دون وطء الحائض (ومنها) اذا ألقى في السفينة نار واستوى الأمران في الهلاك أعنى المقام في النار والقاء النفوس في الماء فهل يجوز القاء النفوس في الماء أو يلزم المقام على روايتين ، والمنقول عن أحمد في رواية منها أنه قال أكره طرح نفوسهم في البحر وقال في رواية أبي داود يصنع كيف شاء قيل له هو في اللج لا يطمع في النجاة قال لا أدري فتوقف ورجع ابن عقيل وغيره وجوب المقام مع تيقن الهلاك فيها لثلا يكون قاتلا لنفسه بخلاف ما اذا لم يتيقنوا ذلك لاحتمال النجاة بالالقاء

(القاعدة الثالثة عشر بعد المائة)

اذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى ، فهل يتوزع أفراد الجملة الموزعة على أفراد الأخرى أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى ، هذه على قسمين : الأول أن توجد قرينة تدل على تعيين أحد الأمرين فلا خلاف في ذلك . فمثال ما دلت القرينة فيه على توزيع الجملة على الجملة الأخرى - فيقال كل فرد كاهل بفرد يقابله إله الجربان العرف أو دلالة الشرع على ذلك ، وإما لاستحالة ما سواه أن يقول لزوجتيه ان اكلتهما هذين الرغيفين ، فانتما طالقان ، فإذا أكلت كل واحدة منهما رغيفا طأقت لاستحالة أكل كل واحدة للرغيفين أو يقول لعبيدتي ان ركبتهما دابتيكما أو لبستما ثوبيكما أو تقلدتما سيفيكما أو اعتقلتما رجليكما أو دخلتما بزوجتيكما فانتما حران ، فمتى وجد من كل واحد ركب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد سيفه أو ربحه أو الدخول بزوجه ترتب عليهما العتق لأن الانفراد بهذا عرف في وفي بعضه شرعي فيتعين صرفه الى توزيع الجملة على الجملة ذكره في المغنى . ومثال ما دلت القرينة فيه على توزيع كل فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى أن يقول رجل لزوجتيه ان كلتما زيدا أو كلتما عمروا فانتما طالقان فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيدا وعمروا القسم الثاني : ان لا يدل دليل على ارادة احد التوزيعين فهل يحمل التوزيع عند هذا الاطلاق على الأول أو الثاني في المسئلة خلاف والاشهر أنه يوزع كل من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى اذا أمكن وصرح بذلك القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب في مسئلة الذهار من نسائه بكلمة

واحدة . وكذلك لا يذكر الخلاف إلا في بعض الصور ويجب طرده في سائرهما ما لم يمنع منه مانع ولذلك أمثلة كثيرة (فمنها) قوله صلى الله عليه وسلم في تعليل مسحه الخفين (أنى ادخلتهما وهما طاهرتين) هل المراد أنه أدخل كل واحدة من قدميه الخفين و كل واحدة منهما طاهرة أو المراد أنه أدخل كل القدمين الخفين وكل قدم في حال ادخالها طاهرة . وينبنى على ذلك مسألة ما إذا غسل إحدى رجليه ثم أدخلها الخف ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف فعلى التوزيع الأول وهو توزيع المفرد على الجملة لا يجوز المسح لأنه في حال ادخال الرجل الأولى الخف لم يكن الرجلان طاهرتين وعلى الثاني وهو توزيع المفرد على المفرد يصح ، وفي المسئلة روايتان عن أحمد ولكن القائل بأن الحدث الأصغر لا يتبعض وأنه لا يرتفع إلا بعد استكمال الطهارة بمنع طهارة الرجل الأولى عند دخولها الخف نعم وجدت طهارتهما عند استكمال لبس الخفين وذلك من باب توزيع الجملة على الجملة (ومنها) مسألة مد عجوة وهي قاعدة عظيمة مستقلة بنفسها فلنذكرها هنا مضمونها ملخصا فنقول : إذا باع ربويا بخنسه ومعه من غير جنسه من الطرفين أو أحدهما كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم أو مد عجوة ودرهم بمدى عجوة أو بدرهمين ففيه روايتان أشهرهما بطلان العقد وله مأخذان أحدهما وهو مسلك القاضى وأصحابه أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفى القيمة يقسطان على قيمتهما وهذا يؤدي هنا إما إلى يقين التفاضل وإما إلى الجهل بالتساوى وكلاهما مبطل للعقد في أموال الربا . وبيان ذلك : أنه إذا باع مديساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة دراهم كان الدرهم في مقابلة ثلثى مد ويبقى مد في مقابلة مد وثلث وذلك ربا وكذلك إذا باع مدأ يساوى درهما ودرهمين بمدين يساويان ثلاثة دراهم فانه يتقابل الدرهمان بمد وثلث مد ويبقى ثلثا مد في مقابلة مد (١) وأما أن فرض التساوى كمد يساوى درهما (١) ودرهم بمد يساوى درهما ودرهم فإن التقويم ظن وتخمين فلا يتعين معه المساواة والجهل بالتساوى هنا كالعالم بالتفاضل فلو فرض أن المدين من شجرة واحدة أو من زرع واحد وأن الدرهمين من نقد واحد ففيه وجهان ذكرهما القاضى في خلافه احتمالين أحدهما الجواز لتحقيق المساواة والثاني المنع لجواز أن يتغير أحدهما قبل العقد فنقص قيمته وحده وصحح أبو الخطاب في اتصاره المنع قال لأننا لا نقابل مدا بمد ودرهما بدرهم بل نقابل مدا بنصف مد ونصف درهم وكذلك لو خرج مستحقا لاسترد ذلك حينئذ فالجهل بالتساوى قائم ، هذا ما ذكره في تقرير هذه الطريقة . وهو عندى ضعيف لأن المنقسم (٢) هو قيمة الثمن على قيمة

(١) - (١) في الأصل الذى بيدنا يياض مقدار كلمتين في المكانين وأما في نسختي الدار فلا يياض .

(٢) في ٧١١ لأن التقسيم

المشمن [لا اجراء احدهما على قيمة الآخر فقيما اذا باع مدا يساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة لانقول درهم مقابل بثلاثى مد بل نقول ثلث الثمن مقابل بثلاث المشمن فنقابل ثلث المدين بثلاث مد وثلث درهم ونقابل ثلثا المدين بثلاثى مد وثلث درهم فلا تنفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم (١)] مقابل لثلاث المشمن فيقابل ثلث المدين ثلاث مد وثلث درهم ويقابل ثلثا المدين بثلاثى مد وثلثى درهم فلا ينفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم . ولهذا لو باع شقصاً وسيفاً بمائة درهم وعشرة دنانير لأخذ الشفيع الشقص بحصته من الدراهم والدنانير ، نعم ! نحتاج الى معرفة مايقابل الدرهم أو المد من الجملة الأخرى اذا ظهر احدهما مستحقاً أو رد بعيب أو غيره ليرد ما يقابله من عرضه حيث كان المردود هنا معيناً مفرداً ، اما مع صحة العقد فى الكل واستدامته فاننا نوزع أجزاء الثمن على أجزاء المشمن بحسب القيمة وحينئذ فالمفاضلة المتيقنة كما ذكره منتفية وأما ان المساواة غير معلومة فقدت (٢) فى بعض الصور كما سبق . والمأخذ الثانى أن ذاك ممنوع سداً لذريعة الربا فان اتخاذه ذلك حيلة على الربا الصريح واقع كبيع مائة درهم فى كيس بمائتين جعلاً للمائة فى مقابلة الكيس وقد لا يساوى درهما فممنوع ذلك وان كانا مقصودين حسماً لهذه المادة ، وفى كلام أحمد إمامنا الى هذا المأخذ والرواية الثانية يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الربوى من غير جنسه من الطرفين أو يكون مع احدهما ولكن المفرد أكثر من الذى معه غيره نص عليها أحمد فى رواية جماعة جعلاً لغير الجنس فى مقابلة الجنس وفى مقابلة الزيادة ، ومن المتأخرين كالسامرى من يشترط فيما اذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين التساوى جعلاً لكل جنس فى مقابلة جنسه وهو أولى من جعل الجنس فى مقابلة غيره لاسيما مع اختلافهما فى القيمة وعلى هذه الرواية فانما يجوز ذلك ما لم يكن حيلة على الربا وقد نص أحمد على هذا الشرط فى رواية حرب ولا بد منه . وعلى هذه الرواية يكون التوزيع هنا للأفراد على الأفراد وعلى الرواية الاولى هو من باب توزيع الأفراد على الجمل أو توزيع الجمل على الجمل ، وللأصحاب فى المسألة طريقة ثانية . وهو أنه لا يجوز بيع المحلى بجنس حايته قولاً واحداً ، وفى بيعه بنقد آخر روايتان ويجوز بيعه بعرض رواية واحدة وهى طريقة أبى بكر فى التنبيه وابن أبى موسى والشيرازى وأبى محمد التميمى وأبى عبد الله الحسين الهمداني فى كتابه المقتدى ، ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه كأبى بكر فى التنبيه ، وقال الشيرازى الاظهر المنع ومنهم من جزم بالجواز فى بيعه بغير جنسه كالتميمى ومنهم من حكى الخلاف كابن أبى موسى ونقل

(١) الزيادة التى بين المربعين من نسخة ٧١١ (٢) يياض فى ٧١١

البرزاطي (١) عن أحمد ما يشهد بهذه الطريقة في حلي صنع من مائة درهم فضة و مائة نحاس أنه لا يجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ولا بوزنه من الفضة والنحاس ولا يجوز بيعه حتى يخلص الفضة من النحاس وبيع كل واحد منهما وحده ، وفي توجيه هذه الطريقة غموض وحاصله أن بيع المحلى بنقد من جنسه قبل التمييز والتفصيل بينه وبين حليته يؤدي الى الربا لأنه يبيع ربوي بجنسه من غير تحقق مساواة لأن بعض الثمن يقابل العرض فيبقى الباقي مقابلاً للربوي ولا تتحقق مساواته واما مع تمييز الربوي ومعرفة مقداره فانما منعوا [منه] اذا ظهر فيه وجه الحيلة (٢) أو كان التفاضل فيه متيقناً كبيع عشرة دراهم مكسورة بثمانية صحاح و فلسين أو ألف صحاح بالف مكسورة وثوب أو ألفاً صحاحاً ودينار بالف ومائة مكسورة هكذا ذكره ابن أبي موسى واما بيعه بنقد آخر أو ربوي من غير جنسه ولكن علة الربا فيها واحدة فالخلاف فيه مبني على الخلاف في بيع الموزونات والمكيلات بعضها ببعض جزافاً وفي جوازه روايتان واختيار أبي بكر وابن أبي موسى والقاضي في خلافه المنع وعللوه بأنه لو استحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدي الى الربا من جهة العقد وهكذا علل أهل هذه الطريقة المنع في هذه المسألة وفيه ضعف فان المستحق لم يصح العقد فيه وعوضه ثابت في الذمة فيجوز المصالحة عنه كسائر الديون المجهولة وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال السلم وضبط صفاته وأنه اذا أسلم في جنسين لم يحز حتى يبين قسط كل واحد منهما فان السلم والصرف متقاربان وهذا كله في الجنسيتين . فاما بيع نوعي جنس بنوع منه ففيه طريقان : أحدهما أن حكم نوعي الجنس حكم الجنسيتين وهو طريق القاضي وأصحابه نظراً الى توزيع العوض بالقيمة فيؤدي ذلك هاهنا الى تعيين المفاضلة وليس هنا شيء من غير الجنس يجعل في مقابلة الفاضل : والثاني الجواز ههنا وهو طريق أبي بكر ورجحه صاحب المغني والتلخيص نظراً الى أن الجودة والرداءة لا تعتبر في الربويات مع اتحاد النوع فكذا في الجنس الواحد ، والتقسيم إنما يكون في غير أموال الربا أو في غير الجنس بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد وردي ، فان المذهب جوازه ولكن ذكر أبو الخطاب في انتصاره فيه احتمالاً بالمنع ، ونقل ابن القاسم عن أحمد ان كان نقداً لم يحز فان كان ثمراً جاز ، والفرق أن أنواع الثمار يكثر اختلاطها ويشق تمييزها بخلاف أنواع النقود وهذا كله فيما اذا كان الربوي مقصوداً بالعقد فان كان غير مقصوداً بالاصالة وانما هو تابع لغيره فهذا ثلاثة أنواع : أحدها مالا يقصد عادة ولا يباع مفرداً كترويق الدار ونحوه فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق : والثاني ما يقصد تبعاً لغيره وليس اصلاً

لمال الربا كبيع العبد ذى المال بمال من جنسه اذا كان المقصود الاصل هو العبد وفيه ثلاثة طرق ، احدها انه يصح رواية واحدة سواء قلنا ان العبد يملك أولا يملك وهي طريقة ابي بكر والخرقي والقاضى في خلافه وابن عقيل في موضع من فصوله وصاحب المغنى وهي المنصوصة عن احمد ، والثانية البناء على ملك العبد فان قلنا يملك يصح لان المال ملك العبد فليس بداخل في عقد البيع كمال المكاتب لا يدخل معه في بيعه وان قلنا لا يملك اعتبر له شروط البيع وهي طريقة القاضى في المجرد وأبى الخطاب في انتصاره ، والثالثة طريقة صاحب المحرر ان قلنا لا يملك اعتبر له شروط البيع وان قلنا يملك فان كان مقصودا اعتبر له ذلك والا فلا . وأنكر القاضى في المجرد أن يكون القصد وعدمه معتبرا في صحة العقد في الظاهر وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله : النوع الثالث مالا يقصد وهو تابع لغيره وهو أصل لمال الربا اذا أبيع بما فيه منه وهو ضربان : أحدهما ان يمكن افراد التابع بالبيع كبيع نخلة عليها رطب برطب وفيه طريقان : احدهما وهو طريق القاضى في المجرد المنع لانه مال مستقل بنفسه فوجب اعتبار احكامه بنفسه منفردا عن حكم الاصل : والثانى الجواز وهي طريقة ابي بكر والخرقي وابن بطة والقاضى في الخلاف كما سبق في بيع العبد ذى المال ، واشترط ابن بطة وغيره ان يكون الرطب غير مقصود ولذلك شرط في بيع النخلة التى عليها ثمر لم يبد صلاحه أن يكون الثمر غير مقصود ونص أحمد عليه في رواية ابراهيم بن الحارث والاثرم ، وتاوله القاضى لغير معين (١) ومعنى قولنا غير مقصود أى بالاصالة وانما المقصود فى الاصلى الشجر والثمر مقصود تبعاً : والضرب الثانى أن لا يكون التابع مما لا يجوز افراده بالبيع كبيع شاة لبون بلبن أو ذات صوف بصوف وبيع الثمر بالنوى فيجوز ههنا عند القاضى في المجرد وابن حامد وابن أبى موسى ومنع منه أبو بكر والقاضى في خلافه ، وقد حكى فى المسألة روايتان عن أحمد ولعل المنع يتنزل على ما إذا كان الربوى مقصوداً والجواز على عدم القصد وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل وغيره ويشهد له تعليل الاصحاب كلهم الجواز بانه تابع غير مقصود ، واعلم أن هذه المسألة (٢) منقطعة عن مسائل مد عجوة وان القول بالجواز فيها لا يتقيد بزيادة المفرد على ما معه . وقد نص أحمد في بيع العبد الذى له مال بمال دون الذى معه وقاله القاضى في خلافه في مسألة العبد والنوى بالثمر وكذلك المنع فيها مطلق عند الاكثرين ، ومن الاصحاب من خرجها أو بعضها على مسائل مد عجوة ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره أولا وقد صرح به طائفة من الاصحاب كأبى الخطاب وابن عقيل في مسألة العبد ذى المال وكذلك حكى أبو الفتح

(١) فى ٧١١ لغير معنى (٢) فى الاصل (المسألة يل) ولعله يريد . المسائل .

الحلواني رواية في بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر مما في الشاة من جنسه ولعل هذا مع قصد اللبن والصوف بالاصالة والجواز مع عدم القصد فيرتفع الخلاف حينئذ والله أعلم . وان حمل على إطلاقه فهو منتزل على ان التبعية هاهنا لا عبرة بها وان الربوي التابع لغيره فهو مستقل بنفسه (ومنها) اذا باع رجل عبيدين له من رجلين بثمان واحد فان المبيع يقع شائعاً بينهما فيكون لكل واحد منهما نصف كل عبد ، ولا يخرج هنا وجه آخر أن يكون لكل واحد عبد لأنه يلزم من ذلك عدم تعيين المبيع فيفسد البيع، نعم لو كان العقد مما يصح به مبهما كالوصية والمهر والخلع توجه هذا التخريج فيه . ولو أقر لرجل بنصف عبيدين ثم فسره بعبد معين قبل بخلاف ما إذا أقر له بنصف هذين العبيدين ثم فسره باحدهما ذكره صاحب الترغيب لأن الأول مطاق فيصح تفسيره بعين كما لو قال لزوجه أنت طالق نصف تطليقتين فانها تطلق واحدة وأما اذا أوصى له بثلاث ثلاثة أعبد ثم استحق منهم اثنان فهل يستحق تلك الباقي أو كله فيه وجهان . وهذا قد يتوهم منه قبول التفسير بعبد مفرد مع التعيين وليس كذلك بل ماخذ هذين الوجهين أنه هل يدخل العبيد ونحوهم قسمة الاجبار أم لا ؟ وفيه وجهان والمنصوص دخولها .

(ومنها) اذا رهنه اثنان عينين او عيناهما صفقة واحدة على دين له عليهما مثل أن يرهنه دارا لهما على ألف درهم له عليهما ، نص أحمد في رواية منها على ان احدهما اذا قضى ماعليه ولم يقض الآخر أن الدار رهن على ما بقي . فظاهر هذا أنه جعل نصيب كل واحد [رهنا] بجميع الحق توزيعا للمفرد على الجملة لا على المفرد وبذلك جزم أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى وأبو الخطاب وهو المذهب عند صاحب التلخيص . قال القاضي : هذا بناء على الرواية التي تقول إن عقد الاثنین مع الواحد في حكم الصفقة الواحدة ، أما اذا قلنا بالمذهب الصحيح أنهما في حكم عقدين كان نصيب كل واحد مرهونا بنصف الدين قال ويجوز ان يكون كل واحد منهما لما رهن صار كفيلا عن صاحبه فلا ينفك الرهن في نصيبه حتى يؤدي بجميع ماعليه وتاوله [أيضا] في موضع آخر على ان كل واحد منهما كان كفيلا عن صاحبه فاذا قضى احدهما لم ينفك حقه من الرهن لأنه مطالب بما ضمنه قال وأما ان لم يضمن كل واحد منهما ماعلى صاحبه فله الرجوع بقدر حصته وليس في كلام احمد ما يدل على الضمان وقد نبه على ذلك الشيخ مجد الدين وقال على هذا يصح الرهن من ليس الدين عليه وعلى الأول لا يصح ، وتأول القاضي ايضا في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى كلام احمد على ان الرهن انفك في نصيب الموفى للدين لكن ليس للراهن مقاسمة المرتهن

لما عليه من الضرر لا لمعنى ان المعين يكون كلها رهناً (١) وبمثل ذلك تأول صاحب المغنى ما قاله ابو الخطاب والحلواني وغيرهما فيمن رهن عند رجلين فوفا احدهما انه يبقى جميعه رهنا عند الآخر وتأوله على المنع من المقاسمة وهو ضعيف لوجهين : احدهما ان احمد نص على ان الدار رهن على ما بقى : والثانى ان انفكك احد النصيين وقبض صاحبه له لا يتوقف على المقاسمة فان الشريك يقبض نصيبه المشترك من غير اقتسام ويكون قبضا صحيحا اذ القبض يتأتى فى المشاع ، ويشبه هذه المسألة ما اذا كاتب عشرين له صفقة واحدة بعوض واحد ثم أدى احدهما حصته من الكتابة هل يعتق ام لا ؟ على وجهين : احدهما يعتق وهو اختيار القاضى واصحابه لانه أدى ما يخصه فهو كما لو أدى احد المشتريين حصته من الثمن فانه يتسلم نصيبه تسليماً (٢) مشاعاً عند الاصحاب وما ذكره فى المغنى من منع التسليم فى هذه المسألة فهو يرجع الى أنه لا يتسلم العين كلها وهذا صحيح وقد صرح به القاضى فى الخلاف والجامع الصغير : والوجه الثانى أنه لا يعتق واحد منهما حتى يؤدى ان جميع مال الكتابة وهو قول أبى بكر وابن أبى موسى ونقل مهنا عن أحمد ما يشهد له واختلفوا (٣) فى مأخذه فقيل لأن الكتابة عتق معلق بشرط فلا يقع إلا بعد كمال شرطه وهو هاهنا أداء جميع المال وهذا بعيد (٤) على أصل أبى بكر لأنه يرى أن الكتابة عقد معاوضة محضة لا تعاقب فيها بحال ، وقيل لأن كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه فلا يعتق حتى يؤدى جميع ما عليه ، وقيل لأنها صفقة واحدة فلا تتبعض وهذا قد يرجع الى الضمان أيضاً كأنه التزم كل واحد منهما الألف عنه وعن صاحبه فيكون توزيعاً للفرد على الجملة إذ لو لم يلزم أحدهما أداء جميع المال [لما] وقف عتقه على أدائه . وقد اختلف كلام القاضى وابن عقيل فى ضمان كل منهما عن الآخر فنفيه تارة وأثبتاه أخرى ، ونقل ابن منصور عن أحمد فى رجل له على قوم حق أنه كتب فى كتابهم أيهم شئت اخذت بحقي منه يأخذ أيهم شاء ومفهومه أن الغرماء لاضمان بينهم بدون الشرط بكل حال (ومنها) لو وضع المتراهنان الرهن على يدى عداين وكانا عتقين منفردين أو كان مما يقسم كالمكيل والموزون فهل لهما انقسامه وانفراد كل واحد منهما بحفظ نصيبه (٥) أم لا على وجهين : أحدهما يجوز ذلك قاله القاضى فى المجرى توزيعاً للفرد على المفرد فيكون كل واحد منهما أميناً على نصفه وصرح القاضى بذلك ، وعلى هذا فلو دفع أحدهما النصف المقسوم الذى بيده الى الآخر فتلف فى يده فهل يضمه على احتمالين ذكرهما القاضى لأنه انفرد به بعد القسمة

(١) فى نسخة ٧١١ مانعه من الضرر بمعنى ان العين تكون الخ . (٢) فى ٧١١ تسليماً

(٣) وفيها : واختلف (٤) وفيها : يبعد (٥) فى ٧١١ نصفه

بخلاف ما اذا سلم الكل قبل القسمة فانه لا يضمن كذا قال القاضي . وقال مرة أخرى : يضمن نصفه أيضاً : والثاني لا يجوز اقتسامه بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين وهو قول القاضي في خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى والتلخيص لأن المتراهنين إنما رضيا بحفظهما جميعاً فلا يجوز لهما الافراد كالوصيين والوكيل في البيع وعلى هذا يخرج الوديعة لاثنيين والوصية بالنسبة الى الحفظ خاصة دون التصرف فانه لا يستقل أحدهما بشئ منه . وقد روى عن أحمد ما يدل على جواز انفراد كل واحد منهما بنصف التصرف فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين تصدقا عني بالفى درهم من ثاينى فاخذ كل واحد الفاً فتصدق بها على حدة ليكون اسهل عليهما فلم يربه بأساً . وهذا قد يختص بالصدقة لحصول المقصود منها بالانفراد بخلاف غيرها من التصرفات التى يقصد الحفظ والغبطة والكسب . قال فى التلخيص ولو وكل اثنين فى المخاصمة لم يكن لواحد الاستبداد بها كالوصيين ووكل التصرف ويحتمل أن يكون له لأن العرف فى الخصومة يقتضيه بخلاف غيرها انتهى . وقال [القاضي] أيضاً : ولو تعدد المعين فاحتمالان يعنى فى تعدد الصفقة واتحادها (ومنها) الضمان فاذا ضمن اثنان دية رجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصصة على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع نص عليه أحمد فى رواية منها فى رجل له على رجل ألف درهم فكفل بها كفيلاً كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه وكذلك قال أبو بكر فى التنبيه (١) فيمن قال لرجل القى متاعك فى البحر على أنى وركبان السفينة ضمناً فالقاه ضمنه دونهم إلا أن يتطوعوا بالضمان معه ، وقد يكون مأخذ أبى بكر أن هذا من باب التفرير فانه إنما القاه ضمناً (٢) منه ان قيمته ترد عليه اعتماداً على قول هذا القائل فلذلك لزمه الضمان وعلى هذا فيفرق بين أن يكون صاحب المتاع عالماً بالحكم أو جاهلاً [به] . والوجه الثانى أن الضمان بالحصصة إلا أن يصرحوا بما يقتضى خلافه مثل أن يقولوا ضمناً لك ، وكل واحد منا الألف التى لك على فلان فان كل (٣) واحد يلزمه الألف حيثئذ . وأما مع اطلاق ضمان الألف منهم بالحصصة وهذا قول القاضي فى المجرى والخلاف وصاحب المغنى وذكروا ابن عقيل فى المسألة احتمالين وبناءه القاضي على أن الصفقة تعدد بتعدد الضامنين فيصير الضمان موزعاً عليهما وعلى هذا فلو كان المضمون ديناً متساوياً على رجلين فهل يقال كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين أو كل منهما ضامن لأحدهما بانفراده ؟ اذا قلنا بصحة ضمان المبهمة يحتمل وجهين الأول أشبه بكلام الاصحاح وشبهه بهذه المسألة

(١) فى ٧١١ فى السفينة واعله الصحيح (٢) كذا ولعله تصحيف ظناً منه (٣) فى نسختنا فان

ما إذا كفل اثنان شخصاً لآخر فسله أحدهما إلى المكفول له فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا على وجهين : أشهرهما أنه لا يبرأ لأنهما كفالتان والوثيقتان إذا انحلت أحدهما بغير توفية بقيت الأخرى كالضامين إذا برى (١) أحدهما وهذا قول القاضى وأصحابه . والثانى يبرأ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم فهو كما لو سلم المكفول نفسه أو وفى أحد الضامين الدين وهو احتمال فى الكافى وقول الأزجى فى نهايته وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه وهو يعود إلى أنها كفالة واحدة والأظهر أنهما إن كفلا كفالة الاشتراك فإن قالوا كفلتنا لك زيداً نسله إليك فإذا سله أحدهما برى الآخر لأن التسليم الملتزم واحد فهو كأداء أحد الضامين للمال ، وإن كفلا كفالة انفراد واشتراك بان قال كل واحد منا كفيل لك بزيد فكل منهما ملتزم له احضاراً فلا يبرأ بدونه مادام الحق باقياً على المكفول فهو كما لو كفلا فى عقدين متفرقين وهذا قياس قول القاضى فى ضمان الرجاءين للدين .

واعلم أن عقود التوثقات والأمانات إذا اشتملت على جمل فانه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو اجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها أو على أجزاء العين المقابلة لها فيقابل كل مفرد لمفرد أو كل مفرد لجزء أو كل جزء لجزء ، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى أو اجزائها فيثبت الاشتراك بالاشاعة ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً ويمكن أن يثبت حكم التوثقة والأمانة بكأله لكل فرد فرد فيكون هاهنا عقود متعددة وقد ذكرنا فى هذه المسائل التفريع على هذه الاحتمالات الثلاث : فاما عقود التملكيات فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث ولو قيل بتعدد الصفقة فيما يتعدد المتعاقدين لاستحالة أن يكون المملك ثابتاً فى دين واحدة للمالكين على الكمال ، وإنما يقع التردد فيها بين الاحتمالين الأولين . ويستثنى من ذلك صورتان . أحدهما أن يوصى بعين لزيد ثم يوصى بها لعمرو ويقول ليس برجوع كما هو المشهور من المذهب فيكون كلا منهما مستحقاً للعين بكألهما ويقع التزام فيشتركان فى قسمها ، فلو مات أحدهما قبل الموصى أورد لاستحقاق الآخر بكألهما : والثانية أن يقف على قوم معينين أو موصوفين ثم على آخرين بعدهم فإن كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بانفراده حتى لو لم يبق من الطبقة سواه لاستحقاق الوقف كله هكذا ذكره القاضى والأصحاب ، وقد نص عليه أحمد فى رواية يوسف ابن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى فيمن وقف ضيعة على ولده وأولادهم (٢) وأولاد أولادهم أبداناً تناسلوا فإن حدث بواحد منهم حدث الموت دفع ذلك إلى ولد ولده يعنى الواقف وولد أولادهم يجرى ذلك عليهم ما تناسلوا وقد واد هؤلاء القوم الذين وقف عليهم أولادهم يدخلون مع آبائهم

(١) فى ٧١١ إذا أبرأ (٢) فى الاصل وأولادهم وأولادهم (مرة بعد أخرى) والتصحیح عن ٧١١

في القسمة أو يصير هذا الشيء اليهم بعد الموت موت آبائهم ومن مات منهم ولم يخلف ولدا يرجع نصيبه إلى إخوته أم لا؟ قال يجرى ذلك على الولد وولد الولد يتوارثون ذلك حتى لا يكون للميت ولد فيرد على الباقيين من إخوته وظاهر كلامه أنه يكون ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده لقوله يتوارثون ذلك. وجعل قول الواقف من مات عن ولد فنصيبه لولده مقتضيا لهذا الترتيب ومخصصا لعموم أول الكلام المقتضى للتشريك، وقد زعم الشيخ مجد الدين أن كلام القاضي في المجرى يدل على خلاف ذلك وأنه يكون مشتركا بين الأولاد وأولادهم ثم يضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته، وليس في كلام القاضي ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله. وأما قوله حتى لا يكون للميت ولد فيرد على الباقيين من إخوته فيعني به أن من مات عن غير ولد فنصيبه لإخوته وهذا قد يدل لما ذكره الأصحاب أن من مات من طبقة انتقل نصيبه إلى الباقيين منها باطلاق الواقف وقد يقال لا دلالة فيه على ذلك لأن هذا الواقف وقف على ولده وولد ولده أبدا بالتشريك فلو تركنا هذا لشركنا بين البطون كلها لكنه استثنى من ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده ففهم منه أن الولد لا يستحق مع والده فيبقى ماعداه داخلا في عموم أول الكلام فاستحقاق الأخوة هاهنا متلقى من كلام الواقف ومثل هذا لانزاع فيه، إنما النزاع فيما إذا لم يدل كلام الواقف عليه ولا يقال قد دل كلام الواقف عليه حيث جعله بعد تلك الطبقة لطبقة أخرى فلم يجعل للثانية حقا فيه مع وجود الأولى فدل على أن الأولى هي المستحقة مادامت موجودة لأنه قد يجاب عنه بأن نفى استحقاق الثانية مع وجود الأولى لا يدل على أن الأولى هي المستحقة بجميعه لجواز صرفه بمصرف المنقطع إلا أن هذا بعيد من مقصود الواقف والظاهر من مقصوده ما ذكرنا على هذا يكون عوده إلى بقية الطبقة مستفادا من معنى كلام الواقف ويشبه ذلك ما لو وقف على فلان فاذا انقرض أولاده فعلى المساكين فهل يكون بعد موت فلان لأولاده ثم من بعدهم على المساكين أو تصرف بعد موت فلان بمصرف المنقطع حتى تنقرض أولاده ثم يصرف على المساكين على وجهين مذكورين في الكافي والأول قول القاضي وابن عقيل، ولنا في المسئلة سلك آخر وهو أن يقال الوقف تحبيس للمال في وجوه البر والموقوف عليهم هو المصرف المعين لاستحقاقه فلا يمنع أن يستحقه لكل واحد منهم بانفراده، ويقع التزاحم فيه عند الاجتماع بخلاف التملكيات المحضة فإنه يستحيل أن يملك كل واحد من المملكين جميع ما وقع فيه التملك، وهذا على قولنا أن الموقوف عليه لا يملك عين الوقف أظهر ويتعلق بهذا من مسائل التوزيع ما إذا وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده أبدا فهل يقال لا ينتقل إلى أحد من أولاد أولاده

الابعد انقراض جميع اولاده أو ينتقل بعد كل ولد الى ولده في المعروف عند الاصحاب الاول وهو الذي ذكره القاضى وأصحابه ومن اتبعهم . وحكى الشيخ تقي الدين رحمه الله وجها آخر بالثاني ورجحه على الاول يكون من باب توزيع الجملة على الجملة ، وعلى الثاني يكون من باب توزيع المفرد على المفرد ، ويشهد لهذا من كلام أحمد مارواه عنه يوسف بن أبي موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى (١) في رجل أوقف ضيعة على أن لعلى بن اسمعيل ربع غلتها مادام حيا وربع منها لولد عبد الله وولد محمد وولد أحمد بينهم بالسوية وإن مات على بن اسمعيل فوزعوا هذين الربعين بين ولده وولد الثلاثة ففعلوا ذلك . ثم إن بعض ولد على بن اسمعيل مات وترك ولداً كيف نصنع بنصيبه يدفع الى ولده أو يرد على شركائه ولم يقل الميت إن مات على بن اسمعيل دفع الى ولد ولده إنما قال ولد على بن اسمعيل . قال الامام أحمد يدفع ما جعل لولد على بن اسمعيل الى ولده فإن مات بعض ولد على بن اسمعيل دفع الى ولده أيضاً لأنه قال بين ولد على بن اسمعيل وهذا من ولد على بن اسمعيل فدل هذا الكلام على أصابن أحدهما أن ولد الولد داخل في مسمى الولد عند الاطلاق . والثاني أنه إنما يستحقه ولد الولد بعد موت أبيه ويختص به دون طبقة أبيه المشار كين له حيث ذكر [إن] على بن اسمعيل توفي عن ولد وإن بعض ولده توفي عن ولد ونقل الى هذا الولد نصيب أبيه مع وجود المشار كين للاب من اخوته ، ووجه هذا أنه لما رتب بين على ابن اسمعيل وولده ولم يجعل لولده شيئاً إلا بعد موته فذلك ينبغي أن يكون الترتيب بين ولده وولد ولده وهذا خلاف ما ذكره الاصحاب من الوجهين في كيفية استحقاق ولد الولد اذا قبل بدخوله في مطلق الولد هل يستحق مع الولد مشركا أو بعد انقراض الولد كلهم مرتبات ترتيب طبقة على طبقة فإن أحدهما مرتبات ترتيب أفراد بين كل ولد والديه فيؤخذ من ذلك أن من وقف على أولاده ثم على أولادهم أبدأ أن يكون مرتبا بين كل والد وولده وبين بقية طبقاته ، وقد يفرق بينهما بأن الوقف ههنا أولا كان بين شخص وولده فروعى هذا الترتيب في استحقاق ولده وولد ولده وليس في طبقة بعد طبقة ولكن سندكر من كلام أحمد في مسألة التدبير ما يحسن تخرج هذا الوجه منه إن شاء الله تعالى (ومنها) اذا علق طلاق نسائه أو علق رقيقه على صفات متعددة فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر فهل يكفي في وقوع الطلاق والعناق مع قطع النظر عن الحث بوجود بعض الصفة فإن الاصحاب في الاكتفاء ببعض الصفة في الطلاق والعناق طرقاً ثلاثة ، أحدها أنه يكفي بها كما يكفي بذلك في الحث في البين وهي طريقة القاضى واستثنى في الجامع من ذلك أن تكون

(١) تقدم اختلاف النسخ في اسم أبيه والصحيح عبيد الله كما هنا .

الصفة معارضة . والثانية لا يكتفى بها وان اكتفينا ببعض المحلوف عليه في الحث لأن هذا شرط ومشروط وعلة ومعلول فلا يترتب الاثر الا على تمام المؤثر وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المغنى .
والثالثة ان كانت الصفة تنتنى قطعاً او تبعاً او تصديقاً او تكذيباً فهي كاليمين وإلا فهي علة محضة فلا بد من وجودها بكاملها وهي طريقة صاحب المحرر . والقاضى يفرع على اختياره في هذه المسائل فقال فيما اذا قال لعبيده اذا اديتم الى الفأ فاتم احرار عتق كل واحد منهم باداء حصته ، وكذلك اذا قال لعبيده اذا دخلتم الدار فاتم احرار عتق من دخل منهم لأن وجود الصفة تقوم مقام جميعها ففى أدى واحد منهم عتق هكذا ذكره فى باب الكتابة ورده الشيخ مجد الدين وقال هو عندى خطأ يقينا لأن هذه الصفة لا تشتمل على منع ولا حث انتهى . وعندى أنه لو صح الاكتفاء ببعض الصفة ههنا لم يصح ما قاله القاضى ولم يتفرع على الاكتفاء ببعض الصفة إذ لو كان التفريع على ذلك لعتقوا كلهم باداء بعضهم لبعض الألف وبدخول بعضهم الدار وهذا خلاف قول القاضى وانما يتوجه ما قاله القاضى على أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات فكانه قال من دخل منكم الدار فهو حر ومن أدى الى حصته من الألف فهو حر ، وهذا لا تعاق له بمسئلة الاكتفاء ببعض الصفة وكلام أحمد يدل على اعتبار هذا التوزيع فى مثل هذه التعليقات ، فانه نص فى رواية ههنا فى عبد بين رجلين قال له إذا متنا فانت حر ثم مات أحدهما عتقت حصته فقط ، فإذا مات الآخر عتقت حصته . قال أبو بكر لأنهما كالمعتقين على انفرادهما وهذا هو المذهب عند أبي بكر وابن موسى وتعليل أبي بكر يدل على أنه جمعه من باب توزيع المفرد على المفرد كأنهما قالوا ان مات أحد منا فنصيبه منك حر ، وتناول القاضى ذلك على أن العتق حصل بوجود بعض الصفة ورده الشيخ مجد الدين بان الصفة انما يكتفى ببعضها اذا كانت فى معنى اليمين يقتضى حصاً أو منعاً وما لم يكن كذلك كطلوع الشمس وقدم زيد فلا يكتفى فيه ببعض ، ونقل الاجماع عليه وهو مردود من وجه آخر وهو أنه لو اكتفى ببعض الصفة لعتق العبد كله عليها بموت أحدهما ولم يكن وجه لعتق نصيب أحدهما وإنما لم يسر الى نصيب صاحبه لأحد أمرين اما لأن السراية تمنع بعد الموت كما هو احدى الروايتين أو لأن التدبير يمنع السراية وهو أحد الوجهين . وخرج الشيخ مجد الدين المسئلة على روايتين من مسئلة تعاق العتق على صفة بعد الموت فان فى صحته روايتين : احدهما يصح هذا التعليق ولا يعتق منه شئ ههنا حتى يموت الآخر منهما فيعتق العبد كله حينئذ : والثانية لا يصح هذا التعليق ولا يعتق به شئ من العبد ههنا لأن كلا منهما علق عتقه على موته وموت شريكه ولا يوجد الا بعد موته ، ولكن ههنا قد يمكن اجتماع موتهما فى آن واحد فلا يتوجه

ابطال التعليق من أصله بخلاف قوله ان دخلت الدار بعد موتى فانت حر . ومن هذه المسائل : لو قال لزوجتيه ان دخلتما هاتين الدارين أو كليهما زيدا وعمروا فانتما طالقتان فكلمت احدهما زيدا والاخرى عمروا أو دخلت كل واحدة منهما دارا وقلنا لا يكفي ببعض الصفة فهل تطلقان أم لا ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب وجعل أبو الخطاب المذهب الوقوع وانما ذكر الاخرى تخريجا ومذهب الحنفية والمالكية الوقوع وهو واحد وجهي الشافعية مع قولهم وقول الحنفية ان بعض الصفة لا يكفي في الحنث فعلم بذلك أن هذا ليس مفرعا على الاكتفاء ببعض الصفة . ويتخرج في مسألة التدبير السابقة ان تطلقا هاهنا كل واحدة بدخول الدار عقب دخولها ولا يتوقف طلاقها على دخول الاخرى لأن معنى كلامه من دخلت منكما دارا من هاتين الدارين فهي طالق ويتخرج من هذا القول هاهنا فيما اذا قال لها ان حضمتا فانتما طالقتان وجه أن كل واحدة تطلق بحيض نفسها وان لا يشترط ثبوت حيض كل واحدة منهما بالنسبة اليهما بل يكفي ثبوت حيضها في حقها باقرارها . وكذلك في قوله ان شئتافانتما طالقتان فشايت احدهما ، أو ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم حلف بطلاق احدهما انها تطلق . ومن العجب ان القاضي لم يفرع شيئا من هذه المسائل على اختياره في الاكتفاء بوجود بعض الصفة مطلقا سواء اقتضت حثا أو منعا أو كانت تعليقا محضا ، ومقتضى قوله ان يطلقا هاهنما بوجود حيض احدهما ، ومشية احدهما ، والحلف بطلاق احدهما في هذه المسائل (ومنها) اذا قال لزوجاته الأربع اوقعن ينيكن أو عليكن ثلاث تطليقات فهل تقسم كل طلقة على الأربع أرباعا ثم يكمل فيقع بهن الثلاث جميعا أو يوزع الثلاث على الأربع فيلحق كل واحدة ثلاثة أرباع طلقة ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلقة على روايتين : والاولى اختيار أبي بكر والقاضي : والثانية اختيار أبي الخطاب وصاحب المغنى . قال لأن القسمة بالاجزاء انما تكون في المختلفات كالدرهم ونحوها فاما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فانها تقسم برء وسها ويكمل النصيب كل واحدة كاربعة لهم درهمان صحيحان يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد فكذلك الطلقات ويمكن الاولين الجواب عن هذا بان هذه القسمة لا تتم الاشتراك في الاستحقاق من كل جزء ولهذا قيل في قسمة الاموال المشتركة انها يبع ومتى ثبت استحقاق كل واحد من الشركاء لجزء من كل عين قبل القسمة توجه وقوع الطلاق الثلاث هاهنا بكل واحدة كما لو مات زوج المرأة وخلف اخوتها ارقاء مع عبيد اخر فانه يعتق عليها من كل أخ لها بنسبة نصيبها من الميراث وان كان نصيبها لا يستوعب قيمة الجميع . ولو قال انتن طواقي ثلاثا طلق كلهن ثلاثا ثلاثا نص عليه في رواية ابن منصور ، ولم يذكر القاضي فيه خلافا لأنه

أضاف الثلاث الى الجميع وفي الصورتين الأولتين أرسل الثلاث بينهن أو عليهن. ويتوجه تخريج الخلاف فيها أيضاً لأن إضافة الثلاث اليهن لا ينافي أن يوزع الثلاث على مجموعهن لا على كل واحدة منهن. وما يدخل في هذا الباب قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فهل المراد توزيع مجموع الصدقات على مجموع الأصناف أو كل فرد من أفراد الصدقات على مجموع الأصناف. وينبني على ذلك مسألة وجوب استيعاب الأصناف بكل صدقة وفي ذلك روايتان أشهرهما أنه غير واجب. وهل يجب على الإمام إذا اجتمعت عنده الصدقات أن يعم الأصناف منها أم لا قال ابن عقيل يجب ذلك لتحصل التوفية باستيعاب الأصناف بمجموع الصدقات كما دلت عليه الآية. وقال القاضي يستحب ذلك ولا يجب لأن حق بقية الأصناف يسقط باعطاء الملاك لهم وأيضاً فليس في الآية إيجاب الاستيعاب لصدقات كل عام فيجوز تعويضهم في كل عام آخر، وما يدخل فيه أيضاً قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية) الآية هل اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين لمجموع [نسائهم وتوزيعه مع كل مظاهر على زوجته أو مقابلة كل فرد من المظاهرين مجموع] (١) نسائه المظاهر منهن؟ قرأ أبو الخطاب وغيره من أصحابنا الثاني واستدل على أن المظاهرة من جميع الزوجات بكلفة واحدة لا يوجب سوى كفارة واحدة وكذلك قال في قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وإخوانكم) إلى آخر الآية، أن المراد حرمت على كل واحد بناته وإخوانه وعماته وخالاته فاما الأمهات فجعلها في مقابلة الأفراد بالأفراد قال لأنه لما لم يتصور أن يكون للواحد أمان علم أنه أراد الواحد في مقابلة الواحد وأما ما احتل الجمع في مقابلة الواحد فإنه عمل حيلة، والظاهر والله أعلم أن الكل بما قبل فيه الواحد بالواحد والجملة بالجملة وإن المعنى حرمت على كل واحد أمه وبنته وأخته إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع لحرم على كل واحد أمهات الجميع وبناتهم وهو باطل قطعاً

﴿ القاعدة الرابعة عشر بعد المائة ﴾

إطلاق الشركة هل ينزل على المناصفة أو هو مبهم يفتقر إلى تفسير؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب التلخيص في البيع. والذي ذكره الأصحاب في الإقرار أنه مبهم وكذلك صرح به ابن عقيل في نظرياته مختاراً ١. وقال القاضي في المجرد في البيع في خلافه أيضاً ينزل على المناصفة (٢) وهل يقال باستحقاق الشريك من كل جزء أو بالتشاطر يحتمل وجهين وكلام الأصحاب يدل على التشاطر،

(١) الزيادة عن نسخة ٧١١ (٢) فيها على المفاضلة

ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال لمشتري سلعة اشركني في هذه السلعة فهل يصح وينزل على المناصفة أم لا للجباله على وجهين ذكرهما في التلخيص ، والمجزوم به في المحرر الصحة تنزيلا على المناصفة (ومنها) لو قال هذا العبد شركة بيني وبين فلان أو هو شريكي ، فيه وجهان المجزوم في الاقرار بالا بهام ويرجع في تفسيره اليه وهو اختيار ابن عقيل وقال القاضي في خلافه هو بينهما نصفين (ومنها) لو أوقع طلاقا ثلاثا بامرأة له ثم قال للآخرى شركتك معها فان قلنا بالمناصفة اقتضى وقوع اثنتين وان قلنا بالا بهام لم يقع أكثر من واحدة لأنها اليقين إلا أن يفسره بأكثر من ذلك ويحتمل أن يقع ثلاثا بناء على [أن] الشركة تقتضي الاستحقاق من كل جزء . وقد يقال هذا إنما يمكن في التمليكات دون الطلاق فان حقيقة الاشتراك في طلاق الأولى لا يمكن لحمل على استحقاق نظيره أما لو تعدد الشركاء فهل يقال يستحق الشريك مثل نصف ماله أم مثل واحد منهم على وجهين ذكرهما القاضي في البيع وبني عليهما لو اشترى اثنان شيئا ثم اشركا ثالثا فيه فهل له نصفه أو ثلثه على وجهين ، وخرج صاحب الترغيب والشيخ مجد الدين في المسودة الوجهين فيما اذا قال لثلاث نسوة أوقعت بينكن طلاقا ثم قال لرابعة أشركتك معهن هل يقع بها طلاق واحد أو طلاقين على الوجهين .

(القاعدة الخامسة عشر بعد المائة)

الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً نوعان : أحدهما ما يقع استحقاق كل واحد بانفراده لجميع الحق ويتزاحمون فيه عند الاجتماع . والثاني ما يستحق كل واحد من الحق بحصته خاصة وللأول أمثلة كثيرة :

(منها) الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكمالها فاذا عفى أحدهم عن حقه توفر على الباقي (ومنها) غرماء المفلس الذي لا يفي ماله بدين كل واحد على انفراده وهم كالشفعاء (ومنها) الأولياء المتساوون في النكاح (ومنها) العصبات المجتمعون في الميراث . ويتفرع على ذلك لو اجتمع اثنان نصف كل واحد منهما حر فهل يستحقان المال كله أم لا على وجهين . أحدهما يستحقان جميع المال رجحه القاضي والسامري وطائفة من الأصحاب ، وله مأخذان أحدهما جمع الحرية فيها فيملك بها حرية ابن وهو مأخذ أبي الخطاب وغيره والثاني أن حق كل واحد منهما مع كمال حرية في جميع المال لا في نصفه وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له . وحيث قد أخذ كل واحد

منهما نصف المال هنا وهو نصف حقه مع كمال حرته فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية والوجه الثاني لا يستحقان المال كله لثلاثتوى [حال] حريتهما الكاملة والمبعضة وهل يستحقان نصفه تنزيلاً لها حالين أو ثلاثة أرباعه تنزيلاً لها ثلاثة أحوال على وجهين ، ولو كان ابن نصفه حراً مع أم فعلى المأخذ الثاني في الوجه الأول يتوجه أن يأخذ نصف المال كله وهو أحد الوجوه للأصحاب ورجحه الشيخ تقي الدين وذكر أنه اختيار أيه . وقيل يأخذ نصف الباقي بعد ربع الأم وهو اختيار أبي بكر والقاضي في خلافه . وقيل يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحرية وهو هنا ربع وسدس وهو الذي ذكره إبراهيم الحربي في كتاب الفرائض واختاره القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المحرر لأن القدر الذي حجب عنه الأم يستحقه كله وإنما يتنصف عليه ماعداه (ومنها) ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون في فرض واحد كالزوجات والجدات ، ويتفرع على هذا إذا اجتمعت جدتان أم أم وأم أب مع ابنا الأب وقلنا إنه يحجبها فهل تستحق الأم السدس كله أو نصفه على وجهين ، أحدهما أنها تستحق السدس كله لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لجميعه ، والثاني يستحق نصفه وله مأخذان : أحدهما أن أم الأب تحجبها عن السدس إلى نصفه فلا أثر لكونها محجوبة كما يحجب ولد الأم الأم مع انحجابهم بالأب وفيه نظر ، فان حجب (١) الأم إنما هو بطريق المزاحمة ولا مزاحمة هنا وحجب الأخوة للأم ليس بالمزاحمة فانهم لا يشاركونها في فرضها وإنما وجودهم هو مقتضى لتقصيص فرضها .

والثاني أن أم الأب لها مع أم الأم نصف السدس فلما حجب الأب أمه توفر ذلك عليه لأعلى الأخرى ، ورد بأن ولد الأم يحجبون الأم عن السدس ثم لا يأخذونه بل يتوفر على الأب ، وقد يحجب عنه بأن ولد الأم لما كانوا محجوبين بالأب توفر ما حجبوا عنه الأم على من حجبهم وهو الأب كذلك هنا (ومنها) الوصايا المزدحمة في عين أو مقدار من المال فان حق كل واحد منهم في مجموع وصيته وإنما يأخذ دون ذلك للمزاحمة فاذا رد بعضهم توفر على الباقي وان أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض فهل يعطى المجازله القدر الذي كان يأخذه في حال الإجازة للكل أو يكمل له الجزء المسمى في الوصية كله ان أمكن لقيام استحقاقه له وقد أمكن وصوله إليه بزوال المزاحمة بالرد على غيره فيه وجهان ، صحيح صاحب المحرر الثاني ومن رجح الأول قال القدر المراحم به كان حقاً للمراحم فاذا رده الورثة عليه توفر عليهم لا على الوصية الأخرى ويشهد للأول ما ذكره الحرقى وابن حامد والقاضي والأصحاب فيمن وصى لرجل بعبد قيمته ثلث ماله ولآخر بثلث

ماله فان أجازته الورثة فللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه لمزاحمة الآخر له فيه وإصاحب الثلث ربع العبد وثلث باقى المال وان ردوا قسم الثلث بينهما نصفين فيأخذ صاحب وصية العبد بقدر سدس المال كله من العبد ويأخذ الآخر سدس العبد وسدس باقى المال لزوال المزاحمة بالرد فامكن وصول كل منهما الى نصف مسمى له كالمسألة فلا ينقص منه ، وخرج صاحب المحرر وجهاً آخر من الوجه الثانى فى المسألة التى قبلها أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما كان يقتسمان وصيتهما حال الاجازة فيفضل نصيب صاحب الثلث على نصيب صاحب العبد وهو اختيار صاحب المغنى تسوية [بينهما] فى الرد والاجازة ، وفى تخريج هذا من المسألة التى قبلها نظر لأن الورثة هناك قد يكون مقصودهم بالرد على أحدهما توفير ما كان يأخذه بالمزاحمة عليهم كما لو أجازوا لصاحب الوصية بالكل وردوا على الموصى له بالثلث فلو أعطينا صاحب الكل ماردوه على صاحب الثلث لم يبق فى ردهم فائدة لهم . وهنا لا يخرج عنهم سوى الثلث فينبغى أن تقسم الوصيتان على قدرهما عملاً بمراد الموصى من التسوية حيث أمكن ولا ضرر على الورثة فى ذلك (ومنها) استحقاق الغائبين من الغنيمة متى رد بعضهم 'توفر على' الباقين وسواء قلنا ملكوه بالاسيلاء أو لم يملكوه (ومنها) الموقوف عليهم اذا رد بعضهم 'توفر على' الباقين كما لو مات بعضهم وقد سبقت (ومنها) حد القذف الموروث لجماعة يستحق كل واحد بانفراده فاذا أسقطه بعضهم فللباقين استيفاءه .

وأما النوع الثانى فله أمثلة :

(منها) عقود التمليكات المضافة الى عدد فذلك كل واحد منهم بحصته لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكا لجميع العين . ثم ها هنا حالتان : احدهما أن يكون التمليك بعوض مثل أن يبيع من رجلين عبداً او عبيدين بثمن فيقع الشراء بينهما نصفين ويلزم كل واحد نصف الثمن وان كان لاثنتين عبدان مفردان لكل واحد عبد فباعاهما من رجلين صفقة واحدة لكل واحد عبداً معينا بثمن واحد ففى صحة البيع وجهان اصحهما وهو المنصوص الصحة وعليه فيقتسمان الثمن على قدر قيمتى العبدين ، وذكر القاضى وابن عقيل وجهاً آخر أنهما يقتسمانه على عدد رؤوس المبيع نصفين تخريجاً من أحد الوجهين فيما اذا تزوج أربعا فى عقد بمهر واحد أو خالعهن بعوض واحد أنه يكون بينهما أرباعاً وهو ها هنا بعيد جداً لأن البضع ليس بمال محض فكيف سوى به الاموال المبتغى بها الارباح والتكسب وخرجاه أضافى الكتابة وهو أقرب من البيع إذ الكتابة فيها معنى العتق . الحالة الثانية أن يكون بغير عوض مثل أن يهب لجماعة شيئاً أو يملكهم إياه عن

زكاة أو كفارة مشاعاً في الكفارة فقياس كلام الأصحاب في التملك بعوض أنهم يتساوون في ملكه ، وحكى صاحب المغنى فيما اذا وضع طعاماً في الكفارة بين يدى عشرة مساكين فقال هو بينكم بالسوية فقبلوه ، ثلاثة أوجه : أحدها وهو الذى جزم به أولاً أنه يجزئ لانه ملكهم التصرف فيه والانتفاع به قبل القسمة كما لو دفع دين غرمائه بينهم . والثانى وحكاة عن ابن حامد يجزئ وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن ذلك حكمها . والثالث وحكاة عن القاضى أنه ان علم أنه وصل اليه الى كل واحد قدر حقه جزءاً والا لم يجزه هذا ما ذكره . وأصل ذلك ما قاله القاضى في المجرد اذا أفرد ستمين مدأ وقال لستين مسكينا خذوها فأخذوها أو قال كلوها ولم يقل بالسوية أو قال قد ملكتموها بالسوية فأخذوها . فقال شيخنا أبو عبد الله بن حامد : يجزئ لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن حكم الكفارة أن يكون بينهم بالسوية فان عرف أنها وصات اليهم بالسوية أجزاءه وان علم التفاضل فمن حصل معه التفضيل فقد أخذ زيادة ومن أخذ أقل كان عليه أن يكمله وان لم يعلم كيف وصل اليهم لم يجزئ وعليه استئنافها (١) لأنه لم يعلم قدر ما وصل الى كل واحد بعينه انتهى . فحكى الكل عن ابن حامد وصاحب المغنى جعل الاجزاء مطلقاً قول ابن حامد واعتبار الوصول قول القاضى وليس كذلك وكذلك استشكل الشيخ محمد الدين ما وقع في المجرد وقال لعله وقع غلط في النسخة وليس كذلك أيضاً فاني نقلت ما ذكرته من أصل القاضى بخطه ثم قال عندي أنا ان قلنا ملكوها بالتخلى وأنها قبض أجزاءه بكل حال قال ولعل هذا اختيار ابن حامد وهذا بعيد جداً بل اختيار ابن حامد عكسه وان الهبة والصدقة لا تملك بدون قبض ، وقد قدمنا ذلك عنه في مسائل القبوض وان القبض في المنقول بالنقل فيتوجه على هذا أنه لا بد من تحقيق قبض كل واحد لمقدار ما يجزئ . دفعه اليه لأنه لم يملكه بدونه ولا عبرة بالإيجاب لهم بالسوية وما حكاة القاضى عن ابن حامد يشعر بان اطلاق قوله خذوها هذا وهو لكم لا يحمل على التسوية ، فانه انما عاى بان التسوية حكم الكفارة وهذا مخالف لما قرروه في عقود المعاوضات وأما ما حكاة في المغنى من طرد الخلاف فيما لو قال هو بينكم بالسوية أو اقتصر على قوله هو بينكم البتة فليس ذلك في كلام القاضى ويتخرج ذلك على أصل وهو أن اطلاق البينة هل يقتضى التساوى أم لا ؟ وفي المسألة وجهان : أحدهما أنه يقتضيه وهو الذى ذكره الأصحاب في المضاربة اذا قال خذ هذا المال فاتجر فيه والربح بيننا بينهما يتساويان فيه وصرح القاضى وابن عقيل والأصحاب في مسألة المضاربة في أن اطلاق الاقرار بشئ أنه بينه وبين زيد

(١) في نسخة استئنافهم والتصحيح عن ٧١١ .

يتنزل على المناصفة أيضا ، وكذلك صرحوا به في الوصايا اذا قال وصيت لفلان وفلان بمائة بينهما أن لكل واحد خمسين ، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن قال بين فلان وفلان مائة درهم وأحدهما ميت ليس للحي الا خمسون درهما وكذلك لو قال لفلان وفلان مائة درهم وأحدهما ميت وانكر قول سفيان بالتفرقة بينهما ، وهذا تصريح بان اطلاق الوصية يتنزل على التساوي كما قال بينهما : والوجه الثاني أن اطلاق البينة لا تقتضي التساوي وبه جزم القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده في مسألة الاقرار في كتاب البيع وكذلك ذكره ابو الخطاب في الاقرار وصاحب المغنى والمحرم (ومنها) القصاص المستحق لجماعة بقتل موروهم يستحق كل واحد منهم بالحصة فمن عفى منهم سقط حقه وسقط الباقي لأنه لا يتبعض . وهاهنا صور مختلف فيها هل يلحق بالنوع الاول أو الثاني كالغرامات الواجبة على جماعة بسبب واحد كالمشركين في قتل آدمي أو صيد [محرم] أو في الوطى . في الحج أو في الصيام هل يتعدد عليهم الديات والجزاء والكفارة ؟ وكذلك عقود التوثقات كالرهن والضمان والكفالة وقد سبق ذكرها .

(القاعدة السادسة عشر بعد المائة)

من استند بملكه الى سبب مستقر لا يمكن ابطاله وتأخر حصول الملك عنه فهل ينعطف احكام ملكه الى [أول] وقت انعقاد السبب ويثبت احكامه من حينئذ أم لا يثبت إلا من حين ثبوت الملك فيه خلاف وللمسألة أمثلة كثيرة :

(منها) ملك الشفيع اذا أخذ بالشفعة وثم نخل مؤبر كان وقت البيع غير مؤبر وفيه وجهان سبق ذكرهما (ومنها) ملك الموصى له اذا قبل بعد الموت فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا وفيه خلاف معروف (ومنها) اذا تملك المالك للأرض زرع الغاصب بنفقته بعد بدو صلاحه فهل يجب زكاته عليه أم على الغاصب على وجهين وقد سبق في بيع الثمر قبل بدو صلاحها بشرط القطع نحو ذلك (ومنها) الفسخ بالعيب والخيار فانه يستند الى مقارن للعقد فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه وفيه خلاف معروف (ومنها) دية المقتول هل تحدث على ملك الوارث لأنها تجب [بعد] الموت أو على ملك الموروث لأن سببها وجد في حياته على روايتين معروفتين وحكى ابن الزاغوني في الاقناع الروايتين في القصاص أيضا هل هو واجب للورثة ابتداء أو موروث عن الميت (ومنها) اذا انعقد سبب الملك أو الضمان في الحياة وتحقق بعد الموت كمن نصب شبكة فوق وقع فيها صيد بعد [موته] أو أثر بها انسان ففيه خلاف سبق ذكره (ومنها) [اذا كاتب عبدا تم مات ولم

يؤد إليه شيئاً فادى إلى وراثته وعتق فمل الولاء للسيد الذى كاتبه لانهقادسيه في ملكه أو للورثة المؤدى اليهم لتحقق السبب في ملكهم على روايتين والمذهب أن الولاء للسيد الأول [(ومنها) إذا كاتب المكاتب عبداً فادى إليه وعتق قبل أدائه أو أعتقه بمال وقلنا له ذلك في ولايته وجهان أحدهما أنه للسيد الأول وهو محكى عن أبى بكر لثبوت الولاء على هذا العتق في حال ليس مولاه من أهل الميراث فاستقر لمولى المولى . والثاني: هو موقوف فإن أدى المكاتب الأول وعتق فالولاء له لانهقاده له قبل عتقه وهو قول القاضى في المجرد ورجح في الخلاف قول أبى بكر حتى حكى عنه أنه لو عتق المكاتب الأول قبل الثاني فالولاء للسيد لانهقاد سبب الولاء له حيث كان المكاتب ليس أهلاً له وكلام أبى بكر إنما يدل على استقرار الولاء للسيد إذا وقعت الكتابة أو العتق المنجز بأذنه وأما ما وقع بغير أذنه فالتعق عنده موقوف على أداء المكاتب الأول فينبغى أن يكون الولاء له كولاء ذوى رحمه والذين اشترأهم في حال الكتابة ، وأما العبد القن إذا اعتق بأذن سيده بما ملكه وقلنا بملكه فحكى صاحب المغنى عن طلحة العاقولى من أصحابنا أنه موقوف فإن عتق فالولاء له وإن مات قنأ فهو للسيد . وفي المجرد للقاضى إن الولاء للسيد مطلقاً ونص أحمد في رواية ابن منصور في عبد أذن له سيده أن يبتاع عبداً أو يعتقه أن ولأه لسيده وقال إذا أذنوا له فكانهم هم المعتقون وهذا يدل على الفرق بين عتق المكاتب بأذن سيده وعتقه بدونه كما سبق ويحتمل أن يكون مخرجاً على قوله إن العبد لا يملك وأنه أعتقه بأذن سيده بطريق الوكالة ثم ليس في نصه أن العبد عتق بعد ذلك وإنما فيه أن سيده باعه . ويشبه هذه المسائل إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه واختار منهن أربعاً أنفسخ نكاح البواقي وهل يبتدئن العدة من حين الاختيار لأن نكاحهن إنما أنفسخ به أو من حين الإسلام لأنه السبب على وجهين . فاما تصرف الفضولى إذا قلنا يقف على الإجازة فأجازة من عقد له فهل يقع الملك فيه من حين العقد حتى يكون النماء له أم من حين الإجازة على وجهين : أحدهما من حين العقد وبه قطع القاضى في الجامع وصاحب المغنى في مسألة نكاح الفضولى : والثاني من حين الإجازة وبه جزم صاحب النهاية ولكن السبب هنا غير مستقر لا مكان زواله بالرد ويشهد للوجه الثاني أن القاضى صرح بأن حكم الحاكم المختلف فيه إنما يفيد صحة المحكوم به وانهقاده من حين الحكم وقبل الحكم كان باطلاً . ويلتحق بهذه القاعدة العبادات التى يكتفى بمحصول بعض شرائطها في أثناء وقتها إذا وجد الشرط في اثباتها فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطه من ابتدائها أم لا فيه خلاف أيضاً وينبى عليه مسائل (منها) إذا نوى الصائم المتطوع الصوم من أثناء النهار فهل يحكم له بحكم الصيام من أوله أم حين نواه فلا يثاب على صومه إلا من

حين النية على وجهين والثاني ظاهر كلام أحمد (ومنها) إذا بلغ الصبي أو عتق العبد وهما محرمان قبل فوات وقت الوقوف فهل يجزئهما عن حجة الاسلام على روايتين أشهرهما الاجزاء فقليل لأن احرامهما انعقد مراعى أنه قابل للنقل والانتقال ، وقيل بل يقدر ماضى منه كالمعدوم ويكتفى بالموجود منه ، وقيل ان قلنا الاحرام شرط محض كالطهارة للصلاة اكتفى بالموجود منه وان قيل هو ركن لم يكتف به .

(القاعدة السابعة عشر بعد المائة)

كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين اذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في الآخر فهل يغلب عليه جانب التعليق أو جانب الوقوع ؟ في المسألة قولان إلا ان يقتضى اعتبار أحدهما الى ما هو ممتنع شرعاً فيلغى ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) الوصية لمن هو في الظاهر وارث فيصير عند الموت غير وارث أو بالعكس والمذهب ان الاعتبار بحال الموت ولم يحك الا كثرون فيه خلافاً فان الوصية للورثة لا يمكن أن تلزم والوصية للاجنبي بالثلث فما دون لا يمكن ان تقف على الاجازة ومنهم من حكى خلافاً ضعيفاً في الاعتبار بحال الوصية كما حكى ابو بكر وابو الخطاب رواية أن الوصية في حال الصحة (١) من رأس المال ولا يصح عن أحمد وإنما أراد به العطية المنجزة كذلك قال القاضي وغيره (ومنها) اذا علق عتق عبده في صحته بشرط فوجد في مرضه فهل يعتق من الثلث أو من رأس المال على وجهين ، وحكى القاضي في خلافه روايتين واختار أبو بكر وابن أبي موسى أنه يعتق من الثلث وهذا إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق فان كانت من فعله فهو من الثلث بغير خلاف وقد نص عليه أحمد في رواية صالح أنه إذا قال لامرأته أنت كذا وكذا ان لم أخرج إلى البصرة وقال لم تكن لى نية في تعجيل ذلك فلا تطلق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يخرج فيه . وكذلك لو قال غلامه حر إن لم يفعل كذا وكذا فلم يكن له نية فلا يعتق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يفعل الذى قال فاذا طلقت ورثته واعتدت واذا عتق كان من ثلثه وهكذا حكم ما اذا أعتق حمل أمته في صحته ثم وضعته في مرضه وقلنا لا يعتق الحمل الا بعد الوضع (ومنها) اذا علق طلاق امرأته في صحة على صفة فوجدت في مرضه ولم يكن من فعله فهل ترثه أم لا على روايتين والمنصوص أنها ترثه في رواية صالح ومنها والآخرى مخرجة من مسألة قدفها في الصحة وملاعنتها في المرض (ومنها) اذا

(١) في نسختنا : حال الصبي

أوصى إلى فاسق وصار عدلاً عند الموت فهل يصح الوصية بناء على قولنا لا يصح الإيصاء إلى الفاسق على وجهين (ومنها) لو وصى لزيد بدار ثم انهدم بعض بنائها قبل الموت فهل يدخل ملك الانقاض في الوصية على وجهين وكذا الوجهان لو زاد فيها بناء لم يكن حال الوصية ذلك كذلك أبو الخطاب (ومنها) لو قال العبد متى ملكت عبداً فهو حر وقلنا يصح هذا التعليق من الحر كما هو المشهور من المذهب ثم عتق ثم ملك عبداً فهل يعتق على وجهين، ولو وصى المكاتب بشيء ثم عتق قبل موته فهل يصح وصيته خرجها الشيخ مجد الدين على وجهين (ومنها) لو قال العبد لزوجه إن دخلت الدار فانت طالق ثلاثاً ثم عتق ثم دخلت الدار فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين حيث لم يكن مالكا حال التعليق لاكثر منها على وجهين (ومنها) لو علق طلاق امرأته قبل الدخول على قدوم زيد مثلاً ثم دخل بها ثم قدم زيد وهي حائض فانه يقع الطلاق بدعيًا لا بمعنى الاثم به بل بمعنى امره بالمراجعة فيه ولو كان قد علق طلاقاً أو غيره على طلاق البدعة ترتب عليه ولم يحك الأصحاب فيه خلافاً، ولو قال إن قمت فانت طالق فقامت وهي حائض فهل يكون بدعيًا قال في رعاية الاختصار مباح وفي الترغيب بدعي.

(القاعدة الثامنة عشر بعد المائة)

تعليق فسخ العقد وإبطاله لوجوده إن كان فيه مقصود معتبر شرعاً صحح والا لم يصح إذ لو صح لصار العقد غير مقصود في نفسه هذا مقتضى قواعد المذهب ، ويتخرج على ذلك مسائل :
(منها) إذا علق الطلاق بالنكاح فالمذهب المنصوص عن أحمد أنه لا يصح لأن النكاح لا يقصد للطلاق عقيب العقد . واختلفت الرواية عنه فيمن حلف لزوجه أن لا يتزوج عليها بتعليق طلاق من يتزوجها عليه بنكاحها هل يصح أم لا على روايتين لأن هذا فيه حق للزوجة فيصير مقصوداً كما لو شرط أن لا يتزوج عليها فمن الأصحاب من خص الخلاف بهذه الصورة ولم يخرج ومنهم من خرج في الكل روايتين . هذا كله إذا لم تكن حالة التعليق في نكاحه فإن كانت في نكاحه حينئذ وعلق طلاقها على نكاح آخر يوجد فنص أحمد في رواية ابن منصور وغيره على أنه يصح هذا التعليق وحكاها القاضي في المجرد عن أبي بكر ورجحه ابن عقيل لأن التعليق هنا في نكاح ومن أصلنا أن الصفة المطلقة تتناول جميع الانكحة بطلاقها وتعود الصفة فيها فكيف إذا قيدت بنكاح معين ولو علقه في ملك يمينه لآمنه على نكاحها بعد عتقها فنص أحمد في رواية ابن هانئ على أنه يصح معللاً بأن ملك اليمين كالنكاح في استباحته الوطء فلا

يكون التعليق كتعليق نكاح الاجنبية وكذلك (١) نص فيمن أعتق أمته ثم قال لها متصلا بعقتها ان نكحتك فان طالق انه يصح لانه في هذه الحال يملك عقد النكاح عليها قهرا فلم ينقطع آثار الملك فيه بالكلية فلذلك انعقدت فيه الصفة (ومنها) تعليق العتق بالملك والمذهب المنصوص صحته لأن الملك يراد للعتق ويكون مقصوداً كما في شراء ذى الرحم وغيره والحلال وصاحبه لا يثبتان في المذهب في ذلك خلافاً وابن حامد والقاضي يحكيان في ذلك روايتين (ومنها) تعليق النذر بالملك مثل ان رزقني الله مالا فله على أن أتصدق به أو بشيء منه فيصح ونقل الشيخ تقي الدين (٢) عليه بالاتفاق وقد دل على ذلك قوله تعالى (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن) الآيات (ومنها) تعليق فسخ الوكالة على وجودها أو تعليق الوكالة على فسخها كالوكالة الدورية ، وقد ذكر صاحب التلخيص ان قياس المذهب صحة ذلك بناء على ان الوكالة قابلة للتعليق عندنا وكذلك فسخها وقال الشيخ تقي الدين لا يصح لانه يؤدي الى أن تصير العقود الجائزة لازمة وذلك تغيير لقاعدة الشرع وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ وإنما قصده الامتناع من التوكيل وحله قبل وقوعه والعقود لا تفسخ قبل انعقادها (ومنها) تعلق فسخ البيع بالاقالة على وجود البيع أو تعليق فسخ النكاح بالعيب على وجود النكاح وقد صرح الأصحاب بطلان ذلك منهم القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب معللين بانه وقع العقد (٣) قبل عقده ، ومنهم من يعلل بان الفسوخ لا تقبل التعليق وقد صرح كثير منهم كالقاضي وأبي الخطاب وابن عقيل وصاحب المغني بهذا المأخذ وهو مخالف لما نص عليه أحمد في مسألة ان جتني بالثمن الى كذا وكذا والافلاييع بيننا انه يصح ويكون تعلقا للفسخ على شرط وقد صرح القاضي في جوازه في البيع خاصة في خلافه ومن المتأخرين من صرح به في فسخ الاجارة أيضاً (ومنها) تعليق فسخ التدبير بوجوده وصرح القاضي في المجرد بامتناعه فيما اذا قال لأمته المدبرة ظمما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره فقال لا يكون رجوعاً لأن الرجوع إنما يصح في تدبير موجود هذا بعد ما خلق فكيف يكون رجوعاً كما لو قال لعبده متى دبرتك فقد رجعت لم يصح ، هذا لفظه .

(القاعدة التاسعة عشر بعد المائة)

اذا وجدنا لفظاً عاماً قد خص بعض افراده بحكم موافق للاول أو مخالف له فهل يقضى بخروج الخاص من العام وانفراده بحكمه المختص به أو يقضى بدخوله فيه فيتعارضان مع اختلاف الحكم

(١) في ٧١٢ : ولذلك (٢) في ٢١١ : مجد الدين (٣) في ٧١٢ : دفع للعقد

ويتعدد سبب الاستحقاق مع ابقائه (١) هذا على قسمين :
أحدهما أن يكون الخاص والعام في كلام واحد متصل فالمنهـب أنه يفرد الخاص بحكمه ولا يقضى بدخوله في العام وسواء إن كان ذلك الحكم بما يمكن الرجوع عنه كالوصايا أو لا يمكن كالأقرار ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال هذه الدار لزيد ولي منها هذا البيت قبل ولم يدخل البيت في الأقرار صرح به الأصحاب ، ويجيء على اختيار ابن عقيل في مسألة كان له على وقضيته أنه لا يقبل منه في القضاء أن لا يقبل هاهنا أفراد البيت لأن ماخذه أن المعطوف بالواو جملة مستقلة غير مرتبطة بما قبلها فهي دعوى مستقلة كما قالوا في قوله أنت طالق وعليك ألف أنها تطلق بغير عوض بخلاف الاستثناء والصفات فإنها مع ما قبلها شيء واحد والصحيح الأول وإن المعطوف بالواو مع المعطوف عليه في حكم الجملة الواحدة وهو المنصوص عن أحمد وأما أنت طالق وعليك ألف ففيها روايتان وماخذ الوقوع بغير عوض ما ذكره (ومنها) لو وصى لزيد بشيء وللها كين بشيء وهو مسكين فإنه لا يستحق مع المساكين من نصيبهم شيئاً نص عليه أحمد في رواية ابن هانئ وعلى بن سعيد ونقل القاضي فيما قرأته بخطه الاتفاق على أن زيدا لا يستحق من وصية المساكين في مثل هذه الصورة وإن كان مسكينا مع أن ابن عقيل في فتونه حكى عنه أنه خرج وجها آخر بمشاركتهم إذا كان مسكينا (ومنها) لو وصى لزيد بخاتم وبفصه لآخر أو وصى لرجل بعبد وبمنافعه لآخر أو لأحدهما بالدار ولآخر بسكنائها ونحو ذلك بلفظ لا يقتضي أفراد كل واحد بما وصى له به صريحا فقال أبو بكر في الشافى لكل واحد منهما ما وصى له به لا يشاركه الآخر فيه وحمله الشيخ مجد الدين على أنه كان في كلام واحد متصل وأخذه من مسألة الأقرار السابقة والمنصوص عن أحمد هاهنا التوقف . قال منها : سألت أبا عبد الله عن رجل أوصى بعبد لرجل ثم أوصى به لآخر قال هذه مشكلة فقلت له فإن ناساً يقولون يكون العبد بينهم نصفين قال لا فقلت له فإن أوصى بدار لرجل وأوصى بغلتها لآخر فقال هذه مثل تلك فقلت لأبي عبد الله أنه أوصى بخاتمه لرجل وأوصى بالفصل لآخر فقال وهذه أيضاً مثل تلك ولم يخبرني فيهم بشيء فتوقف في المسألة وأنكر قول من قال بالاشتراك في العبد إذا أوصى به لاثنتين وجعل حكم الوصية بالدار وغلتها والخاتم وفصه حكم الوصية بعبد لاثنتين فدل على أنه لا اشتراك في الفصل والغلة وظاهر كلامه أنه يكون للوصى له به بخصوصه لكن هذا قد يكون ما أخذه أن الوصية الثانية

(١) في نسختي الدار : مع اتفاقه

رجوع عن الأولى كما أشعر به كلامه في العبد والمشهور في المذهب أن الوصية بعين مرة لرجل ومرة لغيره لا يكون رجوعاً بل يشتركان فيها كما نص عليه أحمد في الوصية بالاجزاء المنسوبة كالثالث ونحوه (ومنها) لو وصى لرجل بثلته ووصى لآخر بقدر منه قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب في رجل قال ثلثي هذا لفلان ويعطى فلان منه مائة درهم في كل شهر إلى أن يموت قال هو للآخر منهما قيل كيف ؟ قال لأن الوصية رجعت إلى الذي قال ويعطى هذا منه كل شهر وإذا مات هذا أو فضل شيء يرد إلى صاحب الثلث وظاهر هذه الرواية تدل على تقدم الوصية بالمقدر على الوصية بالجزء المنسوب لأنهما كالخاصة والعامة وكتب القاضي بخطه على حاشية الجامع للخلال ظاهر كلام أحمد أن الوصية الثانية تقتضي الرجوع عن الأولى لأن الثانية تستغرق جميع المال إذ العمر ليس له حد معروف . قال وقد قيل لا يكون رجوعاً ويقسم الثلث على أربعة للوصى له بالثلث سهم وثلاثة للآخر كما لو وصى لرجل بماله ولآخر بثلته انتهى . وكلا الوجهين المذكورين فيهما ضعف لأن أحمد رد الفاضل عن النفقة إلى الأول وهذا يبطل أنه رجوع ولأن الوصية للثاني إنما هي من الثلث فكيف تكون وصية بالمال كله فتعين حملها على ما قدمناه أولاً . فاما المسألة التي ذكرها الخرق في كتابه وهي إذا أوصى لرجل بمعين من ماله كعبد ولآخر بجزء مشاع منه كالثالث أن الوصيتين يزدحمان في المعين مع الإجازة كما لو وصى به لاثنتين وتبعه على ذلك ابن حامد والقاضي والأصحاب ، فهذا قد يحمل على ما إذا كانت الوصيتان في وقتين مختلفين ولا إشكال على هذا وإن حمل على إطلاقه وهو الذي اقتضاه كلام الأكثرين فهو وجه آخر ونصوص أحمد وأصوله تخالفه كنهه في رواية منها في الوصية بالعبد لاثني ونصه على أن من وصى لزيد بشيء ولجيرانه بشيء وزيد من جيرانه أنه لا يستحق من الوصية للجيران شيئاً ، وقد ذكر ابن حامد أن الأصحاب استشكلوا مسألة الخرق وأنكروها عليه ونسبوه إلى التفرد بها .

القسم الثاني : أن يكون الخاص والعام في كلامين منفردين فهاتان حالتان : أحدهما أن يكون المتكلم بها لا يمكنه الرجوع عن كلامه ولا يقبل منه كالأقارير والشهادات والعقود فيقع التعارض في الشهادات ولا يكون الإقرار الثاني ولا العقد الثاني رجوعاً عن الأول هكذا ذكره غير واحد المتأخرين مع أن كلام أحمد وأبي بكر عبد العزيز في أن الخاص لا يدخل في العام ليس فيه تفصيل بين الكلام الواحد وغيره ، وقد يقال إن الخاص لا يدخل في العام إطلاقاً ويكون تخصيصه بالذكر قرينة مخرجة من العموم ما لم يعارض ذلك قرينة تقتضي دخوله فيه وعلى تقدير دخوله فيه بقرينة أو مطلقاً فاذا تعارض دلالة العام ودلالة الخاص في شيء واحد فهل ترجع دلالة الخاص أم

يتساويان ذكر ابن عقيل في الواضح أنهما يتساويان وذكر أبو الخطاب في التمهيد أنه يقدم دلالة الخاص وهذا هو الذي ذكره القاضي وابن عقيل أيضاً والأصحاب كلهم في مسألة تخصيص القرآن بخبر الواحد وفي مسألة تقديم الخاص على العام عند التعارض وإن علم تقدم الخاص حتى قال أبو الخطاب وغيره لا يجوز أن ينسخ العام الخاص لأنه ليس بمساو له : والحالة الثانية أن يكون الرجوع ممكناً كالوصية وعزل الإمام لمن يمكنه عزله وولايته فهذا يشبه تعارض العام الخاص في كلام الشارع في الأحكام وفي ذلك ثلاث روايات : أشهرهن تقديم الخاص مطلقاً وتخصيص العموم به سواء جهل التاريخ أو علم : والثانية أن جهل التاريخ فكذلك والاقدم المتأخر منهما . والثالثة أن إن علم التاريخ عمل بالتأخر وإن جهل تعارضاً ويتصل بهذه القاعدة قاعدتان

إحداهما : إذا اجتمع في شخص استحقاق بجهة خاصة كوصية معينة وميراث واستحقاق بجهة عامة كالفقر والمسكنة فإنه لا يأخذ إلا بالجهة الخاصة نص عليه أحمد ويتفرع على ذلك مسائل (منها) إذا وصى لزيد بشيء [ولجيرانه بشيء وهو من الجيران فإنه لا يعطى من نصيب الجيران (ومنها) إذا وصى لزيد بشيء وللفقراء بشيء وزيد فقير لا يعطى من نصيب الفقراء شيء نص أحمد على الصورتين وخرج القاضي فيما نقله ابن عقيل في فنونه الاستحقاق بجهة الفقراء والجوار كما يستحق عامل الزكاة الأخذ بجهة الفقر مع العمالة (ومنها) لو وصى لأقاربه بشيء ووصى أن يكفر عنه بإيمان فلا يعطى من الكفارة من أخذ من الوصية من الأقارب نص على ذلك في رواية صالح (ومنها) لو وصى للفقراء وورثته فقراء لم يجوز لهم الأخذ من الوصية نص عليه في رواية حرب . وقال الوارث لا يصرف في المال مرتين إذا كان وارث لم يأخذ من الوصية شيئاً ونقل نحوه أبو الصقر والفضل بن زياد وكذلك نص على أن الوارث لا يحجب عن الميت ويأخذ الوصية وحمله القاضي على منعه من أخذ الزائد عن نفقة المثل فاما نفقة المثل فيجوز لأنها معاوضة .

القاعدة الثانية : إذا اجتمعت صفات في عين فهل يتعدد الاستحقاق بها كالأعيان المتعددة المشهورة في المذهب أنها كالأعيان في تعدد الاستحقاق ويندرج تحت ذلك صور (منها) الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم والغزو ونحوها (ومنها) الأخذ من الخمس بأوصاف متعددة (ومنها) الأخذ من الصدقات المنذورة والفقراء والوقوف (ومنها) الموارث بأسباب متعددة كالزوج ابن عم وابن ابن العم إذا كان أخاً لأم بالاتفاق وكذلك الجدات المدليات بقرايتين والأرحام والمجوس ونحوهم ممن يدلى بنسبين فإنهم يرثون بالجميع على الصحيح من المذهب (ومنها) في تعليق الطلاق كما لو قال إن كلمت رجلاً [فانت طالق وإن كلمت فقيها فانت طالق وإن كلمت أسود فانت طالق فكلمت

رجلا [فقيها أسود طلقت ثلاثاً، وكذا لو قال ان ولدت ولد أفانت طالق وان ولدت اثني فانت طالق فولدت اثني طلقت طلقتين . وقال الشيخ تقي الدين : لا تطلق إلا طلقة واحدة في المسائل كلها مع الاطلاق لأن الاظهر من مراد الخالف انت طالق سواء ولدت ذكراً أو اثني وسواء كلمت رجلاً أو فقيهاً أو أسود فينزل الاطلاق عليه لاشتهاره في العرف إلا أن ينوي خلافه، ونص الامام احمد في رواية ابن منصور فيمن قال لامرأته أنت طالق طلقة ان ولدت ذكراً وطلقتين ان ولدت اثني فولدت ذكراً واثني انه على مانوي، انما أراد ولادة واحدة وانكر قول سفيان انه يقع عليها فالأول معلق بهوتين بالثاني ولا تطلق به وقول سفيان هو الذي عليه اصحابنا ابو بكر وابو حفص والقاضي واصحابه وكذلك ابن حامد وزاد انها تطلق بالثاني أيضاً، والمنصوص اصح لأن الخالف انما حلف على حمل واحد وولادة واحدة والغالب أنه لا يكون إلا ولداً واحداً لكنه لما كان ذكراً مرة واثني اخرى نوع التعليق عليه فاذا ولدت هذا الحمل ذكراً واثني لم يقع به المعلق بالذكر والاثني جميعاً بل المعلق باحدهما فقط لأنه لم يقصد الا ايقاع احد الطلاقين وانما رده لتردده في كون المولود ذكراً أو اثني، وينبغي أن يقع اكثر الطلاقين اذا كان القصد تطليقها بهذا الوضع سواء كان ذكراً أو اثني لكنه أوقع بولادة احدهما اكثر من الآخر فيقع به اكثر المعلقين .

« تنبيه » اذا كانت الجهة واحدة لم يتعدد الاستحقاق بتعدد الاوصاف المدلية اليها كالوصية لقربته اذا أدلى شخص بقرابتين والآخر بقراية واحدة ذكره القاضي في خلافه في الوصية للاخوة أنه يستوى الاخوة للابوين والاخوة للاب والاخوة للام لأن السكك مشتركون في جهة الاخوة فلا عبرة بتعدد الجملات الموصلة اليها .

(القاعدة العشرون بعد المائة)

يرجح ذى القربتين على ذى القرباة الواحدة، وان لم تكن احدهما لها مدخل في الاستحقاق في مسائل :

(منها) في الاخ للابوين على الاخ للاب في الميراث بالولاء . رواية واحدة، وخرج ابن الزاغوني في كتابه التلخيص في الفرائض رواية أخرى باشتراكه في مسألة النكاح (ومنها) تقديم الاخ للأبوين على الاخ للأب في ولاية النكاح في احدي الروايتين اختارها أبو بكر ورجحه صاحب المغني (ومنها) تقديمه عليه في حمل العائلة وفيه الروايتان (ومنها) تقديمه عليه في الصلاة على

الجنابة وفيه الروايتان أيضاً (ومنها) في الوقف المقدم فيه بالقرب وكذلك الوصية فيترجح الاخ
للابوين على الاخ للاب صرح به القاضي والأصحاب في الوصية ، وعللوا بان الانفراد بالقرابة
كالتقدم (١) بدرجة ، وخالف الشيخ تقي الدين في الوقف وقال لا يرجح فيه بالقرابة الأجنبية عن
استحقاق الوقف .

(القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة)

في تخصيص العموم بالعرف وله صورتان : احدهما أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام
في بعض افراده حتى صار حقيقة عرفية فهذا يخص به العموم بغير خلاف . فلو حلف لا ياكل
شواء اختصت يمينه باللحم المشوى دون البيض وغيره مما يشوى ، وكذلك لو حلف على لفظ
الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك ، دون الآدمي والسماء
والشمس والجبل فان هذه التسمية فيها هجرت حتى عادت مجازاً : الصورة الثانية أن لا يكون كذلك
وهو نوعان . أحدهما ما لا يطلق عليه الاسم العام الا مقيداً به ولا يفرد بحال فهذا لا يدخل في العموم
بغير خلاف نعله فنخيار شبر وتمر هندي لا يدخلان في مطلق الثمر والخيار ذكره القاضي في
خلافه ، ونظيره ماء الورد لا يدخل في اسم الماء المطلق . والنوع الثاني ما يطلق عليه الاسم العام لكن
الاكثر أن لا يذكر معه إلا بقيد أو قرينة ولا يكاد يفهم عند الاطلاق دخوله فيه ، فقيه وجهان
ويتفرع عليهما مسائل :

(منها) لو حلف لا ياكل الروس فقال القاضي يحث باكل كل ما يسمى رأساً من روس
الطيور والسمك ونقله في موضع عن أحد ، وقال في موضع العرف يعتبر في تعميم الخاص لا في
تخصيص العام . وقال أبو الخطاب لا يحث الا برأس يؤكل في العادة مفرداً وكذلك ذكر القاضي
في موضع من خلافه أن يمينه تختص بما يسمى رأساً عرفاً وحكى ابن الزاغوني في الاقتناع روايتين
احدهما يحث بأكل كل رأس واثنان لا يحث الا بأكل رأس بهيمة الانعام خاصة وعزى الاولى
إلى الحرق وفي الترغيب ذكر الوجه الثاني أنه لا يحث الا بأكل رأس يباع مفرداً الا كل عادة
قال فان جرت عادة قوم بأكل رؤوس الظباء حث به في ذلك المكان وفي غيره وجهان مأخذهما
هل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الخائف انتهى (ومنها) لو حلف لا ياكل البيض فهو على الوجهين
أيضاً فيحث عند القاضي بأكل بيض السمك وغيره ولا يحث عند أبي الخطاب الا بأكل بيض

(١) كذا في نسختي الدار . وفي أصلنا : كالتعدد .

يزايل بايضة (١) في حياته وزعم صاحب الكافي أن التخصيص هنا إنما كان إضافة الاكل الى الرءوس والبيض حيث كانت العادة تختص بعض أنواعها وظاهر كلامه أنه لو علق حكماً سوى الاكل لعلم بغير خلاف وفيه نظر (ومنها) لو حلف لا يأكل اللحم فاكل لحم السمك ففيه وجهان أيضاً . وقال أحمد في رواية صالح هو على نيته . قال القاضي معناه إن نوى لحماً بعينه لم يحنث باكل غيره مع الاطلاق وهو قول الخرقى ، وقال ابن أبي موسى لا يحنث مع الاطلاق وإنما يحنث بادخاله بالنية ولعله ظاهر كلام أحمد (ومنها) لو حلف لا يدخل بيتاً قد دخل مسجداً أو حماماً فالمنصوص في رواية مهنا أنه يحنث وأنه لا يرجع في ذلك إلى نية واستدل بان المسجد والحمام يسمى بيتاً بالكتاب والسنة وهذا يخالف نصه في رواية صالح في لحم السمك فيخرج له في المسئلة روايتان ، وخرج الأصحاب في هذا وجهاً بعدم الحنث وخرجه صاحب المحرر من نصه الآتي فيمن حلف بصدقة ماله أنه يختص بما يسمى عنده مالا وكذا الخلاف لو حلف لا يركب فركب سفينة (ومنها) لو حلف لا يشم الريحان فقال القاضي تختص بيمينه بالفارسي لأنه المسمى بالريحان عرفاً ، وقال أبو الخطاب وغيره يحنث بكل نبت له رائحة طيبة لأنه ريحان حقيقة وهذا يعاكس قولهما في مسئلة الرءوس والبيض (ومنها) لو حلف لا يأكل لحم بقر فهل يحنث باكل لحم بقر الوحش على وجهين ذكرهما في الترغيب وخرجهما من وجهين . حكاهما فيما اذا حلف لا يركب حماراً فركب حماراً وحشياً هل يحنث أم لا ؟ والخلاف هنا يقرب أخذه من مسئلة وجوب الزكاة في بقر الوحش والحنث في مسئلة الركوب أضعف لأن الركوب إنما يراد به الحمار الأهلي ويشبه هذا الخلاف لأصحابنا في مرور الحمار الوحشى بين يدي المصلى هل يقطع صلاته أم لا ؟ وقد حكاه أبو البقاء في شرح الهداية (ومنها) لو حلف لا يتكلم فقرأ أو سبح هل يحنث أولاً المشهور أنه لا يحنث وتوقف أحمد في رواية (ومنها) لو حلف بعق عبيده أو أعتقهم منجزاً فقال الخرقى وأبو بكر يتناول القن والمدبر والمكاتب وأم الولد وأشقاصه وزاد القاضي عبيد عبده التاجر . ونص عليه أحمد في المكاتب في رواية ابن منصور وخرج القاضي رواية بعدم دخول المكاتبين بدون نية من رواية مهنا في الاشخاص أنهم لا يدخلون في عتق المماليك إلا أن ينويهم ومأخذه أنهم خارجون من مسمى الرقيق والمملوك عرفاً ، ولو قيل إن أم الولد كذلك لم يبعد (ومنها) لو حلف بصدقة ماله وأراد البر أو نذره نذر تبرر فانه يتصدق بثلاث جميع ماله عند الأصحاب ، ونقل الأثر عن أحمد أنه سئل هل الثلث من الصامت خاصة أو من جميع ما يملك فقال ذلك على قدر مانوي وعلى قدر مخرج

يمينه والأموال عند الناس تختلف . الأعراب يسمون الأبل والغنم الأموال وغيرهم يسمى الصامت وغيرهم الأرضين فلو أن أعرابيا قال مالي صدقة أليس كنا نأخذ به بآله أو نحو هذا قال القاضي في خلافه فظاهر هذا أنه يرجع إلى نيته في ذلك فإن أطلق يرجع إلى عرف الإطلاق عند النادر . وقال أحمد أيضاً في رواية صالح إذا قال جاريتي حرة إن لم أصنع كذا وكذا قال ابن عمر وابن عباس تعتق وإذا قال مالي في المساكين لم يدخل فيه جاريته . قال القاضي فظاهر هذا إن الأمة لا تدخل في عموم المال قال والمذهب التعميم والعجب أنه لم يحك بالتعميم عن أحمد نصاً صريحاً ولا ظاهراً (ومنها) لو حلف لا مال له وله مال غير زكوى فقال الأصحاب يحنث وأخذه من المسئلة التي قبلها قال ابن الزاغوني في الإقناع وظاهر كلام أحمد أنه لا يحنث لأنه قال في رواية الحربي (١) نحن لا نعد الدار والثياب والخادم مالا .

﴿ القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة ﴾

يخص العموم بالعادة على المنصوص وذلك في مسائل :

(منها) لو وصى لأقربائه أو أهل بيته قال أحمد في رواية ابن القاسم إذا قال لأهل بيتي أو قرابتي فهو على ما يعرف من مذهب الرجل إن كان يصل عمته وخالته ونقل سندی نحوه . وقال في رواية صالح في الوصية لأهل بيته ينظر من كان يصل من أهل بيته من قبل أبيه وأمه فإن كان لا يصل قرابته من قبل أمه فأهل بيته من قبل أبيه ، واختلاف الأصحاب في حكاية هذه الرواية على طريقين . أحدهما أنها رواية ثالثة في قرابة الأم خاصة أنهم لا يدخلون في الوصية إلا إن كان يصلهم في حياته وهذه طريقة القاضي في المجرى . والطريق الثاني أنها هي المذهب وإن الاعتبار بمن كان يصله في حياته بكل حال فإن لم تكن له عادة بالصلة فهي لقرابة الأب وهي طريقة القاضي في خلافه ، ونقل عن أحمد أنه لا اعتبار بالصلة ، قال في رواية ابن منصور في رجل وصى في فقراء أهل بيته وله قرابة في بغداد وقرابة في بلاده وكان يصل في حياته الذين ببغداد . قال : يعطى هؤلاء الحضور والذين في بلاده وكذلك نقل عبد الله قال أبو حفص البرمكي هذا قول آخر لا يعتبر بمن كان يصل في حياته . قلت ويحتمل أن يقال منع الصلة هاهنا لمن ليس ببغداد قد علم سببه وهو تعذر الصلة للبعد والكلام إنما هو فيما تركه مع القدرة عليه ، قال القاضي ويشهد لرواية ابن منصور ما روى عبد الله عنه في رجل وصى بصدقة في أطراف بغداد وقد كان ربما تصدق (١) في نسختي الدار : الخرقى .

في بعض الأرباض وهو حي ، قال يتصدق عنه في أبواب بغداد كلها (ومنها) لو وصى لقراءة غيره وكان يصل بعضهم ، أو وصى للفقهاء أو للفقراء وكان يصل بعضهم . قال القاضي في خلافه لا رواية فيه ولا يمتنع أن نقول فيه ما نقوله في أقارب نفسه (ومنها) لو وقف على بعض أولاده وسماهم ثم على أولاد أولاده فهل يختص البطن الثاني بأولاد المسمين أولاً أو يشمل جميع ولد ولده ، نص أحمد في رواية حرب على أنه يشمل جميع ولد الولد ويتخرج وجه آخر بالاختصاص بولد من وقف عليهم اعتباراً بأبائهم فإن هذه عطية واحدة فحمل بعضها على بعض أقرب من حمل الوصية على العطية في الحياة ، وهذا النص هو قوله في رواية حرب في رجل له ولد صغار خاف عليهم الضيعة فأوقف ماله على ولده وكتب كتاباً وقال هذا صدقة على ولده فلان وفلان سماهم . ثم قال وولد ولده وله ولد غير هؤلاء قال هم شركاء ، فحمله الشيخان صاحب المغنى وصاحب المحرر على ما قلنا وتبويب الحلال يدل عليه ، وقد يقال إنما عم البطن الثاني ولد الولد لأن تخصيص البطن الأول بالصغار كان لحوفه عليهم الضيعة وهذا المعنى مفقود في البطن الثاني فلذلك أشرك فيه أولاد الأولاد كلهم ، وحمله القاضي وابن عقيل على أن البطن الأول يشترك فيه ولد المسمون وغيرهم أخذاً من عموم قوله صدقة على ولده وتخصيص بعضهم بالذكر لا يقتضي التخصيص بالحكم لقوله وملائكته وجبريل وميكال . وهذا فاسد لأن الآية فيها عطف نسق بالواو وهاهنا إما عطف بيان أو بدل وأيهما كان فيقتضي التخصيص بالحكم لأن عطف البيان موضع لمتبوعه ومطابق له وإلا لم يكن بياناً والبدل هو الواسطة المقصود بالحكم فيعين التخصيص به . ولهذا لو قال من له أربع زوجات زوجتي فلانة طالق لم تطلق الثلاث البواقي أو قال من له عبيد عبي فلان حر لم يعتق من عداه بغير خلاف (ومنها) لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف (ومنها) لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة اختصت يمينه بما يؤكل منها عادة وهو الثمر دون ما لا يؤكل عادة كالورق والخشب .

(القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة)

وينخص العموم بالشرع أيضاً على الصحيح في مسائل :

(منها) إذا نذر صوم الدهر لم يدخل في ذلك ما يحرم صومه من أيام السنة أو ما يجب صومه شرعاً كرمضان على اصح الروايتين (ومنها) لو حلف لا يأكل لحم آكل يتناول يمينه اللحم المحرم على أحد الوجهين (ومنها) لو وصي لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين حكاهما في الترغيب وظاهر

كلامه الدخول وظاهر كلام ابن أبي موسى وابن عقيل خلافه (ومنها) لو وكله في أن يطلق زوجته فهل يدخل فيه الطلاق المحرم على وجهين ذكرهما ابن عقيل وصاحب المحرر (ومنها) لو نذرا عتكاف شهر متتابع فله أن يعتكف في غير الجامع ويخرج إلى الجمعة لاستثنائها بالشرع، وفيه وجه لا يجوز الاعتكاف في غير الجامع والأول المذهب كما أنه لا ينقطع في الصيام المتتابع بصوم رمضان ولا فطر أيام النهي.

(القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة)

هل نخص اللفظ العام بسببه الخاص إذا كان السبب هو المقتضى له ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يخصص به بل يقضى بعموم اللفظ وهو اختيار القاضي في الخلاف والآمدى وأبي الفتح الحلواني وأبي الخطاب وغيرهم ، وأخذوه من نص أحمد في رواية علي بن سعيد فيمن حلف لا يصطاد من نهر اظلم رآه فيه ثم زال الظلم قال أحمد النذر يوفي به . وكذلك أخذوه من قاعدة المذهب فيمن حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخاً أنه يحنث بتكليمه تغليباً للتعين على الوصف . قالوا : والسبب والقرينة عندنا تعم الخاص ولا تخصص العام والوجه الثاني : لا يحنث وهو الصحيح عند صاحبي المغنى والمحرر ولكن صاحب المحرر استثنى صورة النهر وما أشبهها كمن حلف لا يدخل بلداً اظلم رآه فيه ثم زال وصاحب المغنى عزى الخلاف إليها ورجعه ابن عقيل في عمد الأدلة وقال هو قياس المذهب لأن المذهب أن الصفة لا تنحل بالفعل حالة البينونة لأن اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضى التخصيص بحالة الزوجية دون غيرها وكذلك جزم به القاضي في موضع من المجرد واختاره الشيخ تقي الدين وفرق بينه وبين مسألة النهر المنصوصة بأن نص أحمد إنما هو في النذر والناذر إذا قصد التقرب بنذره لزمه الوفاء مطلقاً كما منع المهاجرون من العود إلى ديارهم التي تركوها لله وإن زال المعنى الذي تركوها لأجله فإن ترك شيئاً لله يمتنع فيه العود مطلقاً وإن كان بسبب قد يتغير ولهذا نهى المتصدق أن يشتري صدقته ، وهذا أحسن وقد يكون جده صاحب المحرر يلحظ هذا حيث خص صورة النهر بالحنث مع الإطلاق بخلاف غيرها من الصور . وأما مسألة الحلف على العين الموصوفة بالصفة فإن كان ثم سبب يقتضى اختصاص اليمين بحال بقاء الصفة لم يحنث بالكلام بعد زوالها صرح به في الكافي والمحرر فهي كسألتنا ، ويتفرع على هذه القاعدة مسائل :

(منها) لو دعى إلى غداء فخلف لا يتخدى فهل يحنث بغداء غير ذلك المحلوف بسببه على وجهين وجزم القاضي في المكفاية وصاحب المحرر بعدم الحنث (ومنها) لو حلف لأرأيت منكراً إلا رفعتة إلى

فلان القاضى فعزل فهل تتحل يمينه على وجهين ، وفى الترغيب ان كان السبب أو القرائن تقتضى حالة الولاية اختص بها وان كانت تقتضى الرفع اليه بعينه مثل أن يكون مرتكب المنكر قرابة الوالى مثلا وقصد اعلامه بذلك لأجل قرابته وذكر الولاية تعريفاً تتناول اليمين حال الولاية والعزل وان لم يكن دلالة بحال فهل يبر برفعه اليه بعد العزل ويحنت بتركه على وجهين ، فان كانت يمينه رفعه الى الوالى من غير تعيين فهل يتعين المتصوص فى الحال أم يبرأ بالرفع الى كل من ينصب بعده على وجهين لتردد الألف واللام بين تعريف العهد والجنس ولو علم بمنكر بعد علم الوالى احتمال وجهين . احدهما أن البر قد فات كما لو رآه معه . والثانى لم يفت لأن صورة الرفع ممكنة ثم على الوجه الأول يخرج على ما اذا تبدد الماء الذى فى الكوز بعد حلفه على شربه أو أبرأه من الدين بعد حلفه على قضائه وفيه وجهان انتهى . فجعل محل الوجهين اذا انتفت القرائن والدلائل بالكلية ومع دلالة الحال والسبب يختص الرفع بحالة الولاية وجهاً واحداً (ومنها) لو حلف على عبده أو زوجته أو لغريمه لا يخرج إلا باذنه ثم باع العبد وطلق الزوجة ووفى الغريم فهل تتحل يمينه على الوجهين (ومنها) لو قالت له زوجته تزوجت على قال كل امرأة لى طالق فان المخاطبة تطلق بذلك نص عليه فى رواية المروذى وابن هانىء وكذلك نقل عنه أبو داود السجستانى فى رجل تزوج امرأة فقيل له ان لك غيرها فقال كل امرأة لى طالق فسكت فقيل إلا فلانة فقال الا فلانة فانى لم أعنها فابى أن يفتى فيه ، وهذا توقف منه وخرج ابن عقيل فى عمد الأدلة المسألة على روايتين .

(القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة)

النية تعم الخاص وتخصص العام بغير خلاف فيها ، وهل تقيد المطلق أو تكون استثناء من النص على وجهين فيها ، فهذه أربعة أقسام :

أما القسم الأول : فله صور كثيرة (منها) لو حلف على زوجته لا تركت هذا الصبي يخرج فخرج بغير اختيارها ، فنص أحمد فى رواية منها أنه ان نوى أن لا يخرج من الباب فخرج فقد حنت وان كان نوى أن لا تدعه لم يحنت لأنها لم تدعه (ومنها) لو قال ان رأيتك تدخلين هذه الدار فانت طالق فنص أحمد فى رواية منها أنه ان أراد ان لا تدخلها بالكلية فدخلت ولم يرها حنت وان كان نوى اذا رآها فلا يحنت حتى يراها تدخلها ، وقرر القاضى فى موضع أن هذا اللفظ ونحوه موضوع فى العرف لعموم الامتناع وكذلك ابن عقيل ، فعلى هذا لا يحتاج الى نية العموم

بل اذا اطلق اقتضى الامتناع من شرب الماء فما فوقه خاصة، وصرح به ابن عقيل (ومنها) لو حلف لا يدخل هذا البيت يريد هجران قوم فدخل عليهم بيتاً آخر حنث، نص عليه في رواية محمد بن يحيى السكحال (ومنها) لو حلف لا يشرب له الماء ونوى الامتناع من جميع ماله حنث بتناول كل ما يملكه (ومنها) لو حلف أن لا يضربه ونوى أن لا يؤلمه حنث بكل ما يؤلمه من خنق وعض وغيرهما نص عليه (ومنها) لو حلف لا يكلم امرأته يقصد هجرانها بذلك حنث بوطئها أو ما إليه أحد (ومنها) لو طلق امرأته طلاق رجعية وحلف لا راجعتها وأراد الامتناع من عودها إليه مطلقاً حنث بتزوجها بنكاح جديد بعد البينة نص عليه في رواية ابن منصور (ومنها) لو حلف على زوجته لا خرجت من بيته لتهنئة ولا تعزية ونوى أن لا يخرج أصلاً هل يحنث بخروجها لغير تهنئة أو تعزية؟ فذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه توقف فيها وأن القاضي أبا الطيب الطبري من الشافعية قال له مقتضى مذهبكم أنه لا يحنث لأن الغرض يختلف في الخروج ولا يوجد المقصود في كل خروج بخلاف ما اذا قصد قطع المنة فان المنة توجد في غير المحلوف عليه.

قلت: والصواب الجزم بالحنث هاهنا مطلقاً وعليه يدل نص احمد في المسألتين الأولىين المذكورتين هاهنا، ولا يشبه هذا ما لو حلف لا يلبس من غزلها يقصد قطع المنة فانه لا يحنث بالانتفاع بغير الغزل وثمنه من أموالها لأن العموم هناك يستفاد من السبب، وهنا يستفاد من النية فهو أبلغ. وأما القسم الثاني: فصوره كثيرة جداً (منها) أن يقول نسائي طوالق ويستثنى بقلبه واحدة أو يحلف لا يسلم على زيد فسلم على جماعة هو فيهم ويستثنى بقلبه ووقع في كلام القاضي وابن عقيل في هذه المسألة ما يقتضي حكاية روايتين في حنثه في مسألة السلام، وتأوله صاحب المحرر في تعليقه على الهداية على أن المراد هل يقبل منه دعوى ارادة ذلك أم لا، قال وقد صرحا بذلك في موضع آخر من كتابيهما. ولو حلف لا يدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً هو فيه مع جماعة ونوى بدخوله غيره هل يحنث خرجه القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب على وجهين في مسألة السلام قال صاحب المحرر وعندي فيه نظر لأن الدخول فعل حسي لا يتميز بخلاف السلام (ومنها) لو قال لزوجته ان لبست ثوباً فانت طالق وقال أحمرأ وقال ان لبست فانت طالق ثم قال أردت ثوباً أحمر وقال ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال أردت في هذه السنة فالجمهور من الأصحاب على أنه يدين في ذلك وفي قبوله في الحكم روايتان. وشذ طائفة فحكوا الخلاف في تدينه في الباطن منهم الحلواني وابنه وكذلك وقع في موضع من مفردات ابن عقيل في الايمان وكذلك وقع للقاضي في المجرّد قال صاحب المحرر، وهو سهو وذكّر القاضي في كتاب الحيل إنه ان كان المخصص بالنية ملفوظاً

صح تخصيصه والا فلا . فلو حلف لا يأتى كل شيئاً أبداً ونوى به اللحم قبل ، وإن حلف لا يأتى كل ونوى اللحم لم تنفعه نيته لأنه خصص ما ليس في لفظه ، وحمل حنبل اختلاف كلام أحمد في قبول دعوى خلاف الظاهر في اليمين على اختلاف حالين لأعلى اختلاف قولين ، وذكر السامري في فروقه أن المنوى إن كان يرفع مقتضى الحكم بالكلية كالاستثناء بالمشيئة في اليمين بالله أو حيث ينفع لم يصح بالنية إلا مع الظلم ، وقد نص أحمد في رواية حرب على صحة استثناء المظلوم في نفسه بالمشيئة لأنها ترفع الحكم بالكلية فهو كالنسخ فلا يصح بالنية إلا مع العذر بخلاف شروط الطلاق ونحوها فإنها تصح بالنية مطلقاً لأنها مخصصة لرافعة .

وأما القسم الثالث : فله صور (منها) إذا نذر الصدقة بمال ونوى في نفسه قدراً معيناً فنص أحمد في رواية أبي داود أنه لا يلزمه مانواه ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية الأزوم قال وقد نص أحمد فيمن نذر صوماً أو صلاة ونوى في نفسه أكثر مما يتناول اللفظ أنه يلزمه مانواه وهذا مثله ، وكذلك رجح ابن عقيل الأزوم فيما نوى في الجميع وكذلك ذكر صاحب الكافي أنه لو حلف لياكل لحماً أو فاكهة أو يشرب ماءً أو ليكلمن رجلاً أو ليدخلن داراً وأراد يمينه معيناً تعلقت يمينه به دون غيره ، وإن نوى الفعل في وقت بعينه اختص به ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) لو قال أنت طالق ونوى ثلاثاً فهل يلزمه الثلاث أم لا يقع به أكثر من واحدة على روايتين . وجه القول بلزوم الثلاث أن طالقاً اسم فاعل وهو صادق على من قام به الفعل مرة واحدة واكثر فيكون محتملاً للكثرة فينصرف اليها بالنية . ورأيت في كتاب شرح القوافي لابن جني أن الأفعال كلها للعموم وحكامه عن أبي علي وهو غريب ، وأما إذا قال ثلاثاً فطلق ثلاثاً لكان لنا فيه طريقان . أحدهما أن ثلاثاً صفة لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً والمصدر يتضمن العدد . والثاني أن ثلاثاً صالح لا يقع الثلاث من طريق الكناية وذكر الطلاق يقرر الإيقاع بها كنية الطلاق ويتفرع على المأخذين هل وقع الثلاث بقوله أنت طالق أم بقوله ثلاثاً ، ولو ماتت مثلاً في حال قوله ثلاثاً هل تقع الثلاث أو واحدة على وجهين ذكرهما في الترغيب ، وهذا إنما يتوجه على قولنا أنه إذا قال أنت طالق ونوى ثلاثاً أنه يقع به الثلاث أما إذا قلنا لا يقع الثلاث بالنية لم يقع الثلاث إلا بقوله ثلاثاً بخلاف (ومنها) إذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه قبل العقد فهل يصح أم لا ؟ قد سبق لنا أن في صحة النكاح وجهين إذا قال زوجتك بنتي وله بنات ونوى واحدة معينة ، وإن مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح وهذا يقتضي صحة سائر العقود التي لا يحتاج فيها إلى الشهادة بمثل ذلك ، وصرح صاحب المحرر إذا اشترى شيئاً بشمن مطلق في الذمة ونوى نقده من المال

المغضوب ونقده منه فهل يكون العقد [باطلاً] كما لو وقع على عين المغضوب أو يكون صحيحاً على روايتين .
 وإنما خرج الخلاف في تقييد المطلق بالنية دون تخصيص العام بها لأن تخصيص العام نقص منه
 وقصر له على بعض مدلوله وذلك إنما يكون بالنية والارادة فهي المخصصة حقيقة وإنما تسمى
 الأدلة الدالة على التخصيص مخصصات لدلائلها على الارادة المخصصة وهذا بخلاف تقييد المطلق
 فانه زيادة على مدلوله فلا تثبت الزيادة بالنية المجردة. فان قيل هذا ينتقض عليكم بتعميم الخاص
 بالنية فانه الزام زيادة على اللفظ بمجرد النية، قيل الفرق بينهما أن الخاص اذا أريد به العام كان
 نصاً على الحكم في صورة لعله فيتعدي الحكم الى كل ما وجدت فيه تلك العلة وهذا غير موجود في
 المطلق اذا أريد به بعض مقيداته .

وأما القسم الرابع : فله صور (منها) لو قال انت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة فهل يلزمه
 الثلاث في الباطن على وجهين . احدهما لا يلزمه وهو قول أبي الخطاب وصاحبه الحلواني .
 والثاني يقع به الثلاث في الباطن وهو الذي جزم به السامري في فروقه وصاحب المغنى واختاره
 صاحب المحرر لأن النية إنما تصرف اللفظ الى محتمل ولا احتمال في النص الصريح إنما الاحتمال
 في العموم ، ويشهد له قول أحمد في رواية صالح النية فيما خفى ليس فيما ظهر (ومنها) لو قال
 نسائي الأربع طواقي واستثنى بقوله فلانة فهي كالتى قبلها (ومنها) لو قال قل عبد لي حر واستثنى
 بقلبه بعض عبيده، فذكر ابن أبي موسى في صحته روايتين ولكن صحة الاستثناء هنا أظهر وفي كلام
 أحمد في [مسألة الاشخاص] ما يدل عليه لأن كلا وان كانت موضوعه لاستغراق ما يضاف اليه
 إلا أنها من صيغ العموم القابلة للتخصيص في الجملة . . تنبيه حسن ، فرق الاصحاب بين الاثبات
 والنفي في الايمان في مسائل وقالوا في الاثبات لا يتعاق البر الا بتام المسمى وفي الحنك يتعلق ببعضه
 على الصحيح . وقالوا الايمان تحمل على عرف الشرع والشارع اذا نهى عن شيء تعلق النهى بجملته
 وأبعاضه واذا أمر بشيء لم يحصل الامثال بدون الاتيان بكماله ، فأخذ الشيخ تقي الدين من هذا
 ان اليمين في الاثبات لا تعم وفي النفي تعم كما عمت أجزاء المخوف قال وقد ذكر القاضى في
 موضع من خلافه ان السبب يقتضى التعميم في النفي دون الاثبات قال الشيخ وهذا قياس المذهب
 في الايمان وقرره بان المفاسد يجب اجتنابها كلها بخلاف المصالح فانه إنما يجب تحصيل ما يحتاج اليه
 منها فاذا وجب تحصيل منفعة لم يجب تحصيل أخرى مثلها للاستغناء عنها بالاولى وكلامه يشمل
 التعميم بالنية أيضاً حتى ذكر في العلة المنصوصة في كلام الشارع أنها كانت في تحريم تعدت بالقياس
 الى غير المنصوص عليه بالعلة وان كانت ايجاباً لم تعدد وذكر ان هذا قياس المذهب وحكى عن

أبي الخطاب أنه لو قال أوجب كل يوم أكل السكر لأنه حلو وحب أكل كل حلو ثم قال وهذا بعيد بل الذي يقال انه يجب كل يوم أكل شيء من الحلو كائنا ما كان، قال وفيه نظر لأنه يبطل إيجاب السكر وعلى هذا التقدير فع اشكال في مسألة قول السيد أعتقت غائما لسواده وأنه لا يعتق عليه كل أسود كما هو قول الجمهور خلافا لما ذكره أبو الفتح الحلواني وأبو الخطاب .

﴿ القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة ﴾

الصور التي لا تقصد من العموم عادة إما لدورها أو لاختصاصها بمانع لكن يشملها اللفظ مع اعتراف المتكلم بأنه لم يرد إدخالها فيه هل يحكم بدخولها أم لا ؟ في المسألة خلاف ويترجع في بعض المواضع الدخول وفي بعضها عدمه بحسب قوة القرائن وضعفها ، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

(منها) إذا قيل تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة طالق هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا إذا قال لم أرد لها ؟ وقد سبق أن أحمد نص تارة على أنها تطلق وتوقف فيها أخرى وخرجها ابن عقيل على روايتين (ومنها) لو قذف أباه إلى آدم وحواء فنص أحمد في رواية حرب أن عليه حدا واحداً ولم يجعله ردة عن الإسلام لأنه لم يقصد دخول الأنبياء في ذلك ولا يقصد ذلك مسلم ، وخرج شيخ الإسلام ابن تيمية فيها وجهاً آخر أنه ردة من المسألة الآتية (ومنها) لو قال عصيت الله فيما أمرني به هل يكون يميناً ؟ قال القاضي ليس يمين لأن المشهور تخصيص المعاصي بالذنوب دون الكفر وقال صاحب المحرر عندي انه يمين لدخول التوحيد فيه (ومنها) لو قال لعبيده وهم عنده أتم أحرار وكان فيهم أم ولده وهو لا يعلم بها ولم يرد عتقها هل تعتق أم لا على روايتين حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى . ونص أحمد على عتقها في رواية ابن هاني وغيره وشبهها في رواية أحمد بن الحسين بن حسان بمن نادى امرأة له فأجابته أخرى فطلقها يظنها المنادة وقال تطلق هذه بالاجابة وتلك بالتسمية وهذه المسألة أعنى مسألة المنادة فيها روايتين أحدهما تطلق المنادة وحدها نقلها منها وهي اختيار الأكثرين كأبي بكر وابن حامد والقاضي فيتعين تخريج رواية في أم الولد أنها لا تعتق منها وعلى الرواية الثانية تطلق المنادة والمجبية وظاهر كلام أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان أنها يطلقان جميعاً في الباطن والظاهر كما يقول في إحدى الروايتين إذا لقي امرأة يظنها أجنبية فطلقها فإذا هي زوجته إن زوجته تطلق ظاهراً وباطناً ، وزعم صاحب المحرر أن المجبية إنما تطلق ظاهراً والفرق بينهما وبين المطلقة التي يعتقدها أجنبية أن الطلاق هاهنا

صادف محلا فنقد فيه وهو المناداة فلا يحتاج الى محل آخر بخلاف طلاق من يعتقدها أجنبية فانه لو لم يقع بها للغي الطلاق الصادر من أهله في محله ولا سبيل اليه وقد أشار أحمد الى معنى هذا الفرق وسنذكره فيما بعد ان شاء الله (ومنها) لو حلف لا يسلم على فلان فسلم على جماعة هو فيهم وهو لا يعلم بمكانه ولم يردده بالسلام فحكي الأصحاب في حثه الروايتين ويشبه تخريجهما على مسألة من حلف لا يفعل ففعله جاهلا بانه المحلوف عليه والمنصوص ها هنا عن أحمد الحث في رواية منها حتى فيما اذا كان المحلوف عليه مستترا بين القوم بارية في المسجد وهو لا يراه ونقل عنه أبو طالب ان كان وحده فسلم عليه وهو لا يعرفه حث وان كان بين جماعة وهو لم يعلم به لم يحث لانه أراد الجماعة وهذا يشبه ما تقدم في الفرق بين المناداة إذا أجابت غيرها وبين من يطلقها يعتقدها أجنبية فان المحلوف عليه لم يقصد السلام عليه بالكلية وهناك من يصح قصده وغيره فانصرف السلام اليه دونه بخلاف ما اذا كان وحده [فان المحلوف عليه وجد] ولكن مع الجهل به وقد تناول القاضي رواية أبي طالب هذه على أنه أخرجه بالنية من السلام ولا يصح لأنه لم يكن عالما بحضوره بينهم فكيف يستثنيه بالنية (ومنها) لو وقف المسلم على قرابته أو أهل قريته أو وصى لهم وفيهم مسلمون وكفار لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم نص عليه في رواية حرب وأبي طالب ولو كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار ففي الاقتصار عليه وجهان لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جدا (ومنها) لو تهايا المعتق بعضه هو وسيده على منافعه وأكسابه فهل يدخل فيها الاكساب النادرة كالركاز والهدية واللقطة أم لا على وجهين (ومنها) لو قال ما أحل الله على حرام وله زوجة ومال وقال لم أرد زوجتي فهو مظاهر عليه كفارة الظهار نص عليه في رواية ابن منصور لأن الزوجة أشهر أفراد الحلال الذي يقصد تحريره ولا ينصرف الذهن ابتداء الى غيره فلا يصح اخراجه من العموم بعدم ارادة دخوله وانما يصح اخراجه بارادة عدم دخوله، فاما ان لم تكن له زوجة وله مال فهو يمين كسائر تحريم المباحات واذا كان له زوجة ومال فعليه كفارة ظهار لا غير نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب في صورة كلما أحل الله على حرام، وقال ابن عقيل يجب مع كفارة الظهار كفارة يمين لدخول المال في العموم، ووجه القاضي نص أحمد بتوجيهات مستبعدة وعندى في تخريجه وجهان أحدهما ان المتبادر الى الافهام من تحريم الحلال تحريم الزوجة دون الأموال فإياها لا تقصد بالتحريم فلا تدخل في العموم لكونها لا تقصد عادة فتكون المسئلة حينئذ من صور القاعدة والثاني أن تكون مخرجة على قوله بتداخل الايمان وان موجبها واحد فان الجنس ها هنا واحد وهو تحريم الحلال فصار موجه كفارة واحدة ثم تعينت بكفارة الظهار لدخول كفارة اليمين .

فيهما من غير عكس .

(القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة)

إذا استندت لآلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب [لأن] [تكون] المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان . فالأقسام ثلاثة ، ومن صور القسم الأول مسائل :

(منها) إذا حفر واحد ثوراً عدواناً ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً أو مالمعصوم فسقط فتلف الضمان على الدافع وحده (ومنها) لو فتح قفصاً عن طائر فاستقر بعد فتحه فجاء آخر فنزعه فالضمان على المنفرد وحده (ومنها) لو رمى معصوماً من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله به فالقاتل هو الثاني دون الأول . فاما إن لو ضرب بطن امرأة فالقتل جنيذاً وفيه حياة غير مستقرة فضر به آخر فمات فالقاتل هو الأول وعليه الغرة ويعزر الثاني لأن الضارب ليس بمتسبب بل هو مباشر للقتل فلذلك لزمه الضمان وكذا لو رمى به صيداً فأصاب مقتله ثم رماه آخر فمات فالقاتل هو الأول فيباح الصيد بذلك والثاني جان عليه فيضمن ما خرق من جلده هذا قول القاضي والأكثرين وخرجه طائفة على الخلاف في تحريم ما سقط بعد الذبح من بناء ونحوه لأعانه على قتله وظاهر كلام الخرقى تحريمه هاهنا فيضمن الثاني قيمته كاملة ويسقط منها قدر جرح الأول :

ومن صور القسم الثاني مسائل : (منها) إذا قدم إليه طعاماً مسموماً عالماً به فأكله وهو لا يعلم بالحال فالقاتل هو المقدم وعليه القصاص أو الدية (ومنها) لو قتل الحاكم حداً أو قصاصاً بشهادة ثم أقر الشهود أنهم تعدوا الكذب فالضمان والقود عليهم دون الحاكم ونقل أبو النصر العجلي (١) عن أحمد إذا رجم الحاكم بشهادة أربعة ثم تبين أن المرجوم محبوب فالضمان على الحاكم وهو مشكل لأنه قد تبين كذبهم بالعيان فهو كإقرارهم بتعمد الكذب وقد يفرق بأن المجبوب لا يخفى أمره عالياً فالأقدام على رجمه لا يخلو من تفريط وبأن الشهود قد يشتبه عليهم فلا يتحقق تعمدهم للكذب وأما إن تبين أن الشهود فسقة أو كفار وقتلنا ينقض الحكم وكان الحق لأدمي فالضمان على المحكوم له وإن كان لله تعالى فله حالتان . أحدهما أن يستند الحاكم في قبول الشهادة إلى تركية من زكاهم وفيه ثلاثة أوجه . أحدهما الضمان على المزكين قاله أبو الخطاب وصححه صاحب الكافي والترغيب لأنهم الجائز الحاكم إلى الحكم والحاكم فعل ما وجب عليه والشهود لا يعترفون ببطالانهم شهادتهم

فيتعين حالة الضمان على المزكين . والثاني الضمان على الحاكم وحده قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الشهادات لأنه مفروض بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادتهم وحكمه يختص بالمحكوم به بخلاف التزكية فإنها لا تختص بالمحكوم به . والثالث يخير المستحق بين تضمين من شاء من الحاكم والمزكين والقرار على المزين قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الحدود لما ذكرنا من وجه تغريم كل منهما فيخير المستحق ويستقر الضمان على المزين لاجل أنهم الحاكم إلى الحكم . وحكى عن أبي الخطاب وجه رابع أن الضمان على الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة ولا يصح حكايته عنه لتصريحه بخلافه وهو غير متجه لأنهم لم يعترفوا بطلان شهادتهم ولا ظهر كذبهم بخلاف الراجعين عن الشهادة ولكن ذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أنه لا ينقض الحكم ويضمن الشهود وهذا ضعيف جدا، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية ضمان الشهود من إحدى الروايتين فيما إذا شهد أربعة بالزنا ثم بانوا فساداً فانهم يحدون على إحدى الروايتين وإن لم يعترفوا بطلان قولهم ، وهذا تخريج ضعيف لأن الشهادة بالزنا قذف في المعنى موجبة للحد في نفسها إلا أن يوجد معها كمال النصاب المعتبر ولم يوجد ذلك هنا ولذلك يجب عليهم حد القذف سواء استوفى من المشهود عليه الحد أولاً، وليس المستوفى من الشاهد نظير المستوفى من المشهود عليه . وأما الشهادة بالمال فلا يترتب عليها ضمان إلا بعد أن ينشأ عنها غرم ثم يتبين بطلانها أما باقرار الشاهد أو يتبين كذبها بالعيان ولم يوجد هنا واحد منهما . والحالة الثانية : أن لا يكون ثم تزكية فالضمان على الحاكم وحده ذكره الخرقى والأصحاب لتفريطه بقبول من لا تجوز قبول شهادته من غير إلجاء له إلى القبول (ومنها) المكره على اتلاف مال الغير وفي الضمان وجهان . أحدهما أنه على المكره وحده لكن للمستحق مطالبة المتلف ويرجع به على المكره لأنه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان بخلاف المكره على القتل فإنه غير معذور فلهذا شاركه في الضمان وبهذا جزم القاضي في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وابن عقيل في عمد الأدلة . والثاني عليهما الضمان كالدية صرح به في التلخيص وذكره القاضي في بعض تعاليقه احتيالا وعلل باشتراكهما في الاثم وهذا تصريح بأن الاكراه لا يبيح اتلاف مال الغير وكان فرض الكلام في الوديعة وحكى احتمالا آخر أن الضمان على المتلف وحده كما لو اضطر إلى طعام الغير فأكله وهذا ضعيف جدا لأن المضطر لم يلجئه إلى الاتلاف من محال الضمان عليه . ولو أكره على تسليم الوديعة إلى غير المالك فقال القاضي لا ضمان لأنه ليس باتلاف وكذا ذكره في بعض تعاليقه وصرح به في المجرد مفرقا بينه وبين الاكراه على القتل بأن القتل لا يعذر فيه بالا كراه بخلاف هذا وهذا التعليل يشمل الاتلاف أيضا وتابع ابن عقيل في الفصول

وصاحب المغنى القاضى فى المجرى وفى شرح الهداية لآبى البركات المذهب أنه لا يضمن كما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها مكرهاً وفى الفتاوى الرجيبات عن أبى الخطاب وابن عقيل الضمان مطلقاً لأنه اقتدى بها ضرره وعن ابن الزاغوانى أنه إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد فعليه الضمان ولا إثم وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان. وأشار صاحب المحرر فى مسألة الإكراه على الأكل فى الصوم من شرح الهداية إلى خلاف فى أصل جواز تضمين المكروه على اتلاف المال وقد ذكر صاحب المغنى فى الإيمان أن المحرم إذا قتل صيداً مكرهاً فضمانه على المكروه وقد نص أحمد فى رواية ابن ثواب على أن حافر البئر عدواناً إذا أكرهه السلطان على الحفر لم يضمن لكن هذا إكراه على السبب دون المباشرة وهذه النقول الثلاثة ترجع إلى أنه لا يضمن ابتداءً من لا يستقر عليه الضمان وقد تقدم ذلك ، وأما المكروهة على الوطء فى الحج والصيام إذا أفسدنا حجها وصيامها فهل يجب عليها الكفارة فى مالها أولاً يجب عليها شيء أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها على ثلاث روايات ، وتأول بعضهم الأولى على أنها ترجع بها على الزوج . والمكروه على حلق رأسه فى الإحرام يجب الفدية على الخالق فى أشهر الوجهين قاله أبو بكر . والثانى على المخلوق يرجع بها على الخالق ذكره ابن أبى موسى وجهاً لأن حلق الشعر كالاتلاف ولهذا يستوى عمده وسهوه على المشهور .

ومن صور القسم الثالث مسائل :

(منها) المكروه على القتل والمذهب اشتراك المكروه والمكروه فى القود والضمان لأن الإكراه ليس بعذر فى القتل وذكر القاضى فى المجرى وابن عقيل فى باب الرهن أن أبى بكر ذكر أن القود على المكروه المباشر ولم يذكر على المكروه قوداً قالوا والمذهب وجوبه عليهما كما نص عليه أحمد فى الشهود الراجعين إذا اعترفوا بالعمد وقد بين القاضى فى خلافه كلام أبى بكر وأنه قال فى الأسير إذا أكره على قتل مسلم فقتله فعليه القود وهاهنا المكروه ليس من أهل الضمان لأنه حربى فلذلك لم يذكر تضمينه وذكر ابن الصيرفى أن أبى بكر السمرقندى من أصحابنا خرج وجهاً أنه لا قود على واحد منهما من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد وأولى لأن السبب هاهنا غير صالح فى كل واحد منهما لأن أحدهما متسبب والآخر ملجأ وفى صورة الاشتراك هما مباشران مختاران (ومنها) الممسك مع القاتل فانهما يشتركان فى الضمان والقود على إحدى الروايتين وفى الأخرى يختص المباشر بهما ويحبس الممسك حتى يموت (ومنها) لو حفر بئراً عدواناً فى الطريق فوضع آخر حجراً إلى جانبها فهل يختص بالضمان الواضع جعلاً له كالدافع أو يشتركان فيه كالممسك والقاتل

على روايتين . ولو كان الحافر غير متعدد فالضمان على الواضع وحده وهي من صور القسم الثاني (ومنها) لودل المودع لصاً على الوديعة فسرقتها فالضمان عليهما ذكره القاضى وغيره كما لو دل المحرم محرماً آخر على صيد فقتله ، ولو دل حلالاً فالضمان على المحرم وحده وهي من صور القسم الثاني (ومنها) لو احرم وفي يده المشاهدة صيد وتمكن من إرساله فلم يفعل حتى قتله محرم آخر ففيه احتمالان ذكرهما القاضى في المجرد . أحدهما الضمان على القاتل لأنه مباشر والاول متسبب غير ملجئ . والثاني الضمان عليهما على الاول باليد وعلى الثاني بالمباشرة . ويتخرج على هذين الوجهين كل من أتلّف عيناً في يد من هو مضمونة عليه باليد هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد او يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف ؟ وفرض القاضى في كتاب التخريج مسألة الصيد في حالين صاد أحدهما في الحرم صيداً فقتله الآخر فيه وذكر أن عليهما جزاءين كاملين أحدهما على القاتل بقتله والآخر على الممسك لتلفه في يده قبل إرساله ثم يرجع الذى في يده على القاتل بما غرمه لأنه قرر عليه ضماناً كان قادراً على التخلص منه بالارسال ، وصرح في (١) أثناء المسألة بأن المنصوب اذا أتلّفه متلف في يد الغاصب كان المالك مخيراً في المطالبة لمن شاء منهما .

(القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة)

إذا اختلف حال المضمون في حالى الجناية والسراية . فهنا أربعة أقسام : أحدها : أن يكون مضموناً في الحالين لمكن يتفاوت قدر الضمان فيهما فهل الاعتبار بحال السراية أو حال الجناية على روايتين . والقسم الثاني : أن يكون مهدرأفى الحالين فلا ضمان بحال . والثالث : أن تكون الجناية مهדרّة والسراية في حال الضمان فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق . والرابع : أن تكون الجناية في حال الضمان والسراية في حال الاهدار فهل يسقط الضمان أم لا ؟ على وجهين . فاما القسم الأول فله امثلة .

(منها) لو جرح ذمياً فأسلم ثم مات فلا قود ، وهل يجب فيه دية مسلم أو دية ذمى على وجهين اختار القاضى وأبو الخطاب وجوب دية ذمى اعتباراً بحال الجناية وابن حامد وجوب دية مسلم ، وذكر ابن أبى موسى أنه نص أحمد وبكل حال فالدية تكون لورثته من المسلمين لأنه استحق ارش جرحه حياً فمات ثم أسلم ومات فانتقل ماملكه الى ورثته المسلمين ذكره القاضى في خلافه

(١) في ٧١١ : وخرج من أثناء الخ

وأبو الخطاب في الانتصار (ومنها) لو جرح عبداً ثم اعتق ثم مات من الجرح فهل يضمن بقيمته أو بديته على روايتين ، نقل حنبل عن أحمد يضمنه بقيمته لا بالدية وكذلك ذكره أبو بكر في خلافه ونضره القاضي في الخلاف أيضاً ، ونقل ابن منصور عنه فيمن ضرب بطن أمة فاعتقت ثم اسقطت جنيهاً حياً ثم مات هو حر وعاليه ديته لأن العتق لا يجب إلا بالولادة وهذا اختيار ابن حامد ، وحكى عنه القاضي أنه يجب أقل الأمرين من قيمة العبد أو الدية . وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن ابن حامد أوجب دية حر للمولى منها أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة والباقي لورثته . وذكر القاضي في المجرد احتمالاً بوجوب أكثر الأمرين من القيمة أو الدية . وذكر ابن أبي موسى أن المنصوص في الذمي إذا أسلم وجوب دية مسلم وفي العبد إذا عتق قيمة عبد ثم خرج المسألة على روايتين وعلى الأول فجميع القيمة للسيد ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب لأن السراية لا تثبت منفردة وإنما تجب تابعة للجناية وقد ثبت أرش الجرح للسيد حين كان المجروح عبداً لا يملك فتتبع السراية الجناية ويكون أرشها لمستحق أرش الجناية وهو السيد ، وهكذا لو باعه المولى بعد الجرح ثم مات عند المشتري فالقيمة كلها للأول ذكره القاضي ، وذكر ابن الزاغوني في الاقناع فيها إذا قطع يدي عبد وقيمته ألفاً دينار فاعتقه سيده ثم مات احتمالين . أحدهما : أن الألفين بين السيد والورثة نصفين توزيعاً للقيمة على السراية والجناية . والثاني : يقسم بينهما أثلاثاً لأن للسيد ما يقابل اليدين وهو كمال الدية وللورثة كمال الدية وهو بقدر نصف القيمة ولاقصاص على الحر المسلم في هذه المسألة والتي قبلها لا تتفاء المكافاة حال الجناية .

« تنبيه » ذكر القاضي في خلافه أن رواية الضمان بدية حر نقلها حرب عن أحمد وتبعه صاحب الحرور زاد أن للسيد منها أقل الأمرين ولم ينقل حرب شيئاً من ذلك وإنما نقل أنه ذكره قول الزهري يضمنه بقيمة يملوك فقال ما أدرى كيف هذا ؟ ولم يجب بشيء ، وهذا يدل على أنه انكر ضمانه بالقيمة وإنما نقل ابن منصور عن أحمد أنه يضمنه بدية حر كاملة باللفظ الذي زعم القاضي أن حرباً نقله (ومنها) لو ضرب بطن أمة حامل فاعتقت أو جنينها ثم القته ميتاً فهل يضمنه بغرة جنين حر أو بقيمة جنين أمة على وجهين ، وكذلك لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصراني فأسلمت ثم القت جنيناً ميتاً هل يضمنه ضمان جنين مسلم أو ذمي على الوجهين (ومنها) لو قطع يدي عبد وقيمته ألفان ثم سرت إلى نفسه ومات وقيمته ألف [فقال القاضي في خلافه قياس المذهب أنه يضمنه بالفين لأن نقصان القيمة] كنقصان بدله بالحرية وقد قلنا يضمن بالفين إذا عتق كذلك ها هنا قال وهذا

موضع مجمع عليه لأن موته حصل بقطع يده وقيمتة في تلك الحال الفان، ويلتحق بهذا ما إذا جرح ذمي خطأ ثم أسلم وسرى الجرح الى النفس وفيه ثلاثة أوجه مذكورة في المغنى والمحرم. أحدها: الدية على عاقلة حال الجرح وبه جزم في الكافي والمحرم اعتباراً بحال الجنابة. والثاني: على عاقلة ارش الجرح والزائد بالسراية في ماله لأنه حصل بعد مخالفتة لدين عاقلة. والثالث: الدية كلها في ماله كما لو اختلفت ديته حال الرمي والاصابة على ما يأتي ذكره لأن ارش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية، ولو كان الجاني ابن معتقة لقوم ثم انجز ولاؤه الى موالى أبيه ففي المحرم هو على هذا الخلاف وفي الكافي الدية في ماله ولم يذكر خلافاً.

وأما القسم الثاني فمن أمثله: ما إذا جرح عبداً حربياً ثم عتق ثم مات، أو جرح عبداً مرتداً ثم عتق ثم مات فلا ضمان لأن الحربى والمرتد لا يضمن حراً كان أو عبداً. وأما القسم الثالث فله أمثلة: (منها) لو جرح حربياً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان (ومنها) لو جرح مرتداً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان أيضاً. وذكر صاحب الترغيب أن الضمان هنا مخرج على الضمان فيما إذا طرأ الاسلام بعد الرمي وقبل الاصابة (ومنها) لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم فمات فيه فلا ضمان ويحمل أكله لأنه ذكاة في الحل ذكره القاضى ونصر عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقد سأله عن قول سفيان في صيد ذمي في الحل فتحامل فدخل الحرم فمات قال ليس عليه كفارة ويكره أكله لأنه مات في الحرم. قال أحمد ما أحسن ما قال. وهذه الكراهة كراهة تنزيه (ومنها) لو جرح عبد نفسه ثم عتق ثم مات فهل يضمنه أم لا على وجهين ذكرهما في الترغيب لأن عبد نفسه إنما يهدر ضمانه على السيد دون غيره فهو مضمون في الجملة بخلاف المرتد والحربى وظاهر كلام القاضى أنه يضمنه بديه حر، وأما على قول أبي بكر أن الضمان بالقيمة فلا اشكال في عدم ضمانه ولهذا خرج صاحب الكافي على الوجهين في الاعتبار بحال الجنابة أو السراية.

وأما القسم الرابع فله أمثلة: (منها) لو جرح مسلماً أو قطع يده عمداً فارتد ثم مات فهل يجب القود في طرفه أم لا على وجهين المرجح منهما عدمه لأن الجراحة صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وفي الترغيب أصل الوجهين الخلاف فيما إذا قطع يده عمداً فسرت الى نفسه هل يقتص في الطرف ثم في النفس أم في النفس حسب؟ وعلى وجه ثبوت القود هل يستوفيه الامام أو وليه المسلم على وجهين، والمحكى عن أبي بكر أنه يستوفيه الولي. قال في الترغيب أصلهما أن ماله هل هو في أو لورثته وهو ظاهر كلام الآمدي، قال في الترغيب وعلى القول بأن الوارث

يستوفيه لو عفا على مال لم يكن له المال لامتناع إرثه وفي المحرر الوجهان على قولنا ماله فيء ، وأما ضمان طرفه ففيه وجهان أحدهما لا ضمان أيضاً لأن الجناية صارت نفساً مهدرة والثاني يضمن لثبوت ضمان الطرف قبل الردة ، ثم هل يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف أو بدية الطرف مطلقاً على وجهين المرجح منهما الأول لم يذكر في المحرر سواء (ومنها) لو جرح صيداً في الحرم فخرج إلى الحل فمات لزمه كمال ضمانه ذكره القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما تغليباً ل ضمان الصيد حيث كان له حالان يضمن في أحدهما دون الآخر كالمثولد بين ما كول وغيره ، ويتوجه أن يضمن أرش جرحه خاصة من المسئلة التي قبلها .

(القاعدة التاسعة والعشرون بعد المائة)

إذا تعين (١) حال المرمى أو الرامي بين الرمي والاصابة ، فهل الاعتبار بحال الاصابة أم بحالة الرمي أم بفرق بين القود والضمان أم بين أن يكون الرمي مباحاً أو محظوراً أم فيه للاصحاب أوجه يتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو رمى مسلم ذمياً أو حر عبداً فلم يقع بهما السهم حتى أسلم الذمي وعتق العبد ثم ماتا فهل يجب القود أم لا على وجهين . أحدهما : لا يجب وهو قول الخرقي وابن حامد وصححه القاضي لفقد التكافؤ حين الجناية وهو حالة الأرسال فهو كما لو رمى إلى مرتد فأسلم قبل الاصابة . والثاني : يجب وهو قول أبي بكر وأخذه مما روى الحسن بن محمد بن الحارث عن أحمد في رجل أرسل سهماً على زيد فأصاب عمرو قال هو عمد عليه القود فاعتبر الرمي المحظور إذا أصاب به معصوماً وإن كان غير المقصود . وفرق أبو بكر بين رمى المرتد والذمي بأن رمى المرتد مباح ورده القاضي بأن رميه للإمام لا إلى آحاد الناس فهو غير مباح لأحاديهم وأما النص المذكور فلم يجب عنه القاضي ويمكن الجواب عنه بأنه قصد هناك مكافئاً وأصاب نظيره وهنا لم يقصد مكافئاً ، وقد خرج صاحب الكافي وجوب القصاص في مسألة النص على قول أبي بكر وقد تبين أنها أصله وأما صاحب المحرر فجعله خطأ بخير خلاف لأنه أصاب من لم يقصده فأشبه ما إذا قصد صيداً وهذا ضعيف لأنه قصد معصوماً فأصاب نظيره بخلاف من قصد صيداً ، ولهذا لو قصد صيداً معيناً فأصاب غيره حل بخلاف ما إذا رمى هدفاً يعلمه فأصاب صيداً فإنه لا يحل أما لو ظن الهدف صيداً فأصاب صيداً فوجهان وقد يتخرج هاهنا مثلها لو رمى هدفاً يظنه آدمياً معصوماً فأصاب

(١) في نسختي الدار : إذا تغير .

آدمياً معصوماً غيره لأن أصل الرمي كان محظوراً فهذا الكلام في القود. وأما الضمان فيضمنه بدية حر ذكره الخرقى والقاضى والأكثر ولم يحكوا فيه خلافاً حتى نقل صاحب الترغيب اتفاق الأصحاب على ذلك اعتباراً بحالة الإصابة فإنه إنما أصاب حراً مسلماً وتكون دية المعتق لورثته دون السيد ذكره القاضى (ومنها) لو رمى إلى مرتد أو إلى حربى فأسلما ثم وصل إليهما السهم فقتلتهما فلا قود بغير خلاف لأن دمه ما حال الرمي كان مهديراً، وهل يجب الضمان فيه ثلاثة أوجه . أحدها وجوبه فيهما قاله القاضى في خلافه والآمدى وأبو الخطاب في موضع من الهداية وعزاه غير واحد إلى الخرقى اعتباراً بحالة الإصابة وهما حينئذ مسلمان معصومان ولا أثر لانتفاء العصمة حال السبب كما لو حفر بئراً لهما فوقهما فيها بعد إسلامهما فإنه يضمنهما بغير خلاف ذكره القاضى وغيره. قال القاضى ولا نسلم أن رمى الحربى والمرتد مباح مطلقاً بل هو مراعاة فإن أسلم قبل الوقوع تبين أنه لم يكن مباحاً. والثانى لاضمان فيهما وهو أشهر وحكاه القاضى في روايته عن أبى بكر فى المرتد وقال لا خلاف فيه فى المذهب لأن رميهما كان مأموراً به وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه فأشبه ما إذا جرحهما ثم أسلما. والثالث يضمن المرتد دون الحربى وأصل هذا الوجه طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل وأبو الخطاب فى موضع من الهداية أنه لا يضمن الحربى بغير خلاف وفى المرتد وجهان ، والفرق أن المرتد قتله إلى الإمام فالرامي إليه متعد وهو كالرامي إلى الذمى بخلاف الحربى فإن لكل أحد قتله فرميه ليس بعدوان أما عكسه وهو لما رمى إلى معصوم فأصابه السهم وهو مهديراً كسلم ارتد وذمى نقض العمد بين الرمي والإصابة فلا ضمان بغير خلاف أعليه بين الأصحاب لأن الإصابة لم تصادف معصوماً فهو كما لو رمى معصوماً فأصابه السهم بعد موته وكذلك لو رمى عبداً قيمته عشرون ديناراً فأصابه السهم وقيمه عشرة فإنه يضمنه بقيمته وقت الإصابة لا وقت الرمي بغير خلاف ذكره القاضى وغيره (ومنها) لو رمى الذمى سهماً إلى صيد فأصاب آدمياً وقد أسلم الرامى فقال الآمدى يجب ضمانه فى ماله لأنه لم يكن مسلماً حال الرمي اتعقله عاقلته المسلمون ولا يجب على عاقلته من أهل الذمة لأنه حين الإصابة كان مسلماً وبذلك جزم صاحب المحرر والكافى وكذلك حكم ما إذا رمى بن معتقة فلم يصب حتى أنجز ولاؤه إلى موالى أبيه ولو رمى مسلماً سهماً ثم ارتد ثم أصاب سهمه فقتل فهل تجب الدية فى ماله اعتباراً بحال الإصابة أم على عاقلته اعتباراً بحال الرمي على وجهين ذكرهما صاحب المستوعب. ويخرج منها فى المسئلتين الأولى والثانية وجهان أيضاً أحدهما أن الضمان على أهل الذمة وموالى الأم. والثانى أنه على المسلمين وموالى الأب (ومنها) لو رمى الحلال إلى صيد ثم أحرم قبل أن يصيبه ضمنه ولو رمى المحرم إلى صيد ثم

احل قبل الاصابة لم يضمنه اعتباراً بحال الاصابة فيما ذكره القاضى فى خلافه فى الجنايات قال ويحى. على قول احمد فيمن رمى طيراً على غصن فى الحل اصله فى الحرم أن يضمن هنا فى الموضوعين تغليبا للضمان انتهى. ويتخرج عدم الضمان فيما اذارمى وهو محل ثم أحرم من عدم ضمان الحربى اذا أسلم قبل الاصابة اعتباراً بإباحة الرمى، إلا ان يفرق بأن قصد الاحرام عقيب الرمى سبب الى الجنابة على الصيد فيه ولا سيما ان قصد الرمى قبل الاحرام لذلك (ومنها) لو رمى الحلال من الحل صيدا فى الحرم فقتله فعليه ضمانه على المنصوص قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل رمى صيدا فى الحل فاصابه فى الحرم قال عليه جزاؤه. وقال أيضاً فى روايته وذكر له قول سفيان لو رمى شيئاً فى الحل فدخلت رميته فى الحرم فاصابت شيئاً ضمن لأن يده التى جنت. قال أحمد ما أحسن ما قال وكذلك نص أحمد فى رواية ابن منصور فى شجرة فى الحل غصنها فى الحرم عليه طير لا يرمى ولم يفصل بين رميه من الحل والحرم وهذا جزم ابن أبى موسى والقاضى والاكثر ولم يذكر القاضى فى خلافه سواء لأنه صيد معصوم بمحله فلا يباح قتله بكل حال وفيه الضمان. وذكر القاضى فى المجرد وأبو الخطاب وجماعة رواية أخرى أنه لا يضمنه اعتباراً بحال الرامى ومحله وهو ضعيف ولا يثبت عن أحمد وإنما أخذه القاضى من رواية ابن منصور فى إباحة الأصطياد بالكلب وإرساله من الحرم الى الحل. قال فظاهر هذا أنه متى كان أحدهما فى الحل والآخر فى الحرم فلا ضمان ولا يصح لوجهين. أحدهما أن النص فى الكلب والكلب له فعل اختياري فاذا أرسله فى الحرم على صيد فى الحل فهو بمنزلة من وكل عبده فى الحرم فى شراء صيد من الحل وذبحه فيه. وهذا بخلاف ما اذا أرسل سهمه لأنه منسوب الى فعله ولهذا فرق أحمد فى رواية ابن منصور بين ان يرسل سهمه من الحل الى صيد فى الحل فيدخل الحرم فيقتل فيه فيضمنه وبين أن يرسل الكلب فلا يضمن لأن دخول الكلب الى الحرم باختياره ودخول السهم بفعل الرامى، ولهذا لو أصاب سهم هذا آدمياً لضمنه ولو أصاب الكلب آدمياً لم يضمنه وإلى هذا التفريق أشار ابن أبى موسى حيث ضمن فى رمى السهم فى المستثنين ولم يضمن فى صيد الكلب إذا أرسله فى الحل فصاد فى الحرم إلا أن يرسله بقرب الحرم، وأما إن أرسله فى الحرم فصاد فى الحل فحكمى فيه روايتين قال والظاهر عنه أنه لا جزاء فيه ولكن القاضى إنما صرح بالخلاف فى الكلب وأبو الخطاب هو الذى طرد الخلاف فى السهم. والوجه الثانى أن هذا النص إنما يدل على انتفاء الضمان فيما اذا أرسل سهمه من الحرم على صيد فى الحل لأن صيد الحل غير معصوم فلا يصح الحاق صيد الحرم به، وقد فرق طوائف من الأصحاب بين الصورتين فمنهم من جزم بنفي الضمان

فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل وبالضمان في العكس من غير خلاف حكاه فيهما وهو في المبهج للشيرازي . ومنهم من حكى الخلاف فيهما وصحح الفرق وهو صاحب المغنى ، ومنهم من حكى الخلاف فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل ولم يحك الخلاف في ضمان عكسه وهو القاضي في خلافه وأخذ نقي الضمان في الصورة الأولى من رواية ابن منصور المذكورة والضمان من رواية ابن منصور أيضاً عن أحمد فيمن قتل صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم أنه يضمه . وفي أخذ الضمان من هذا نظر فإن الغصن تابع لمحل معصوم وهو أصل الشجرة الذي في الحرم فكان حكمه حكم الحرم بخلاف الحل ولهذا لم يفرق أحمد بين قتله من الحل أو من الحرم فدل على أن حكم الغصن عنده حكم الحرم ونقل ابن منصور عنه أيضاً وذكر له قول سفيان في شجرة أصلها في الحل وأغصانها في الحرم وعليها طير فرماه إنسان فصرعه . قال ما كان في الحل فليرم وما كان في الحرم فلا يرم قال أحمد ما أحسن ما قال ! فجعل القاضي هذه رواية ثانية مخالفة للأولى وحكى في الصيد الذي على غصن في الحل أصله في الحرم روايتين وليس كذلك فإن أحمد ضمن الصيد في الأولى الحاقاً للفرع بأصله في الحرمة ولم يضمن في الثانية الحاقاً للفرع بأصله في عدم الحرمة وإنما ضمن ما كان على الغصن الذي في الحرم لأنه في هواء الحرم وهو معصوم بمحله وهو الحرم وجعل ابن أبي موسى الغصن تابعا لقراره من الأرض دون أصله وهو مخالف لنص أحمد (ومنها) هل الاعتبار بحال الصيد باهلية الرامي وسائر الشروط حال الرمي أو الإصابة فيه وجهان . أحدهما الاعتبار بحال الإصابة وبه جزم القاضي في خلافه في كتاب الجنايات وأبو الخطاب في رءوس المسائل فلو رمى سهمها وهو محرم أو مرتد أو محوسى ثم وقع السهم بالصيد وقد حل أو أسلم حل أكله ولو كان بالعكس لم يحل ، وقد سبق الخلاف في المحرم . والثاني الاعتبار بحال الرامي قاله القاضي في كتاب الصيد وأخذه من نص أحمد في رواية يوسف بن أبي موسى في رجل رمى بنشاب وسمى فمات الرامي قبل أن يصيب فلا بأس بأكله إذا رماه بما يجرح وفرع عليه ما إذا رمياه جميعاً فإصابه سهم أحدهما أولاً فأنخذه ثم أصابه سهم الآخر فقتله أنه يجوز أكله لأن الثاني أرسل سهمه قبل امتناعه والقدرة عليه . قال وقد أوما إليه أحمد في رواية محمد بن الحكم في رجلين رميا صيداً فإصاباه جميعاً فإن كانا قد ذكياه جميعاً أكلاه قال القاضي معناه إذا كانا رمياه جميعاً بماله حد ولم يفرق بين أن يتقدم إصابة أحدهما على الآخر أو يتأخر انتهى . وما يتفرع على ذلك التسمية فإنها تشترط عند الإرسال ولو سمي بعد إرساله فن أنزجر بالتسمية وزاد جريه كفى والا فلا نص عليه في رواية الميموني . وقال القاضي في كتاب الجنايات إنما اعتبرت التسمية وقت الإرسال لمشقة معرفته

وقت الاصابة . وهذا مشعر بانه لو سمي عند الاصابة مع العلم بها لاجزأ .

(القاعدة الثلاثون بعد المائة)

المسكن والخادم والمركب المحتاج اليه ليس بمال فاضل يمنع اخذ الزكوات ولا يجب فيه الحج والكفارات ولا يوفي منه الديون والنفقات . نص على ذلك احمد في مسائل :

(ومنها) الزكاة قال ابو داود سئل احمد عن رجل له دار يقبل من الزكاة قال نعم ! قلت هي دار واسعة قال أرجو ان لا يكون به بأس ، قيل له فان كان له خادم قال أرجو ، قيل له فرس قال ان كان يغزو عليه في سبيل الله فأرجو أن لا يكون به بأس . وقال جعفر بن محمد سئل ابو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوي مائة دينار يحتاج اليها للخدمة ياخذ من الزكاة قال نعم ! وسئل عن الدار قال اذا لم يكن فضل كثير ما يحتاج اليه يعطى ، وقال في رواية ابن الحكم يعطى من الزكاة صاحب المسكن وان كان له مسكن يفضل عنه .

ويتفرع على هذا : ان العرض الذي لا يباع على المفاس في دينه اذا كان يقى بدين صاحبه ويده نصاب فانه لا يجعل الدين في مقابلته حتى يزكى النصاب بغير خلاف لانه لا يجب صرفه الى جهة الدين ووفاته منه ، واما ما يباع على المفاس فهل يجعل الدين في مقابلته ويزكى النصاب على روايتين (ومنها) الحج قال احمد في رواية الميموني اذا كان المسكن والمسكنين والخادم أو الشيء الذي يعود به على عياله فلا يباع اذا كان كفاية لاهله ، وقد يكون المنازل يكرها انما هي قوته وقوت عياله فاذا خرج عن كفايته وهوته وهوته عياله باع . والضيعة مثل ذلك اذا كان فضلا عن المؤنة باعه . وقال في رواية ابن الحكم اذا كان لرجل ارض فلا يرى أن يبيع ويحج ولا يجب عليه عندي إلا أن يشاء . قال اصحابنا ولا فرق بين أن يكون المسكن والخادم في ملكه أو يده تقدير يدشراهما به في هذا الباب (ومنها) المفاس ولا حد فيه نصوص كثيرة أنه لا يباع المسكن إلا ان يكون فيه فضل فيباع الفضل ويترك له بقدر الحاجة منه نص عليه في رواية ابى الحارث وابى طالب . واما الخادم فلا يباع عليه اذا كان محتاجا اليه لزم أو أكبر أو حاجة غيرهما نص عليه احمد في رواية عبد الله وابى طالب وغيرهما ، وقال في رواية اسمعيل بن سعيد اذا كان مسكنا واسمعا نفيسا أو خادما نفيسا يشتري له ما يقيمه ويجعل سائرته للغرماء وكذلك نقل عنه موسى بن سعيد ولا فرق بين أن يكون الخادم والمسكن في ملكه أو يحتاج اليهما فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الاصحاب فانهم قالوا لو كان مسكنه وثيابه عين مال رجل يرجع بها وترك له بدلها من بقية المال ليشتري له منه ان لم

يكن فيه من جنسها لأن حق الغريم يتعلق بعين ماله بخلاف المفلس فإن حاجته تندفع بغيرها
 أما إذا لم يكن للمفلس سواها وهي عين مال رجل وكان الشراء قبل الإفلاس لم يؤخذ منه وإن
 كان بعده ففي الكافي يحتمل أن يؤخذ منه لئلا يؤدي إلى الحيلة على أخذ أهوال الناس (ومنها)
 الشريك في عبدا إذا أعتق حصته وليس له سوى دار وخادم فهو معسر لا يعتق عليه سوى حصته
 ولا يباع ذلك في قيمة حصته شريكه. قال ابن منصور قالت لأحمد من أعتق شقفا في عبدا ضمن إن
 كان له مال؟ قال عتق كله في ماله إن كان له مال، قلت كم قدر المال؟ قال لا يباع فيه دار ولا ربيع ولم
 يقيم لي على شيء معلوم. قال القاضي معناه لا يباع مالا غني له عن سكنه كالمفلس (ومنها) التكفير
 بالمال لا يباع فيه المسكن والخادم ذكره القاضي والأصحاب وقالوا يباع فيه الفاضل عن ذلك حتى
 لو كان له رقبة نفيسة يمكن أن يشتري بثمنها رقبتان فيستغني بخدمة أحدهما ويعتق الأخرى لزمه
 ذلك، وهكذا الدار والملابس. وأما إن وجب عليه التكفير وله خادم لا يحتاج إليه ثم احتاج إليه
 قبل التكفير فمن الأصحاب من جزم هنا بازوم العتق لأنه بمثابة من كان مرسرا حال بحث العتق
 ثم أعسر قبل التكفير فإن العتق يستقر في ذمته (ومنها) نفقة الأقارب قال أبو طالب قيل لأحمد
 فإن كان له دار يبيعها وينفق على ابنه؟ قال لا بد له من مسكن إن كان له فضل عن مسكنه فضل عن
 نفقة عياله فلينفق عليهم وإن لم يكن له فضل ولا سعة فلا ينفق عليهم. وصرح صاحب الترغيب بأن
 نفقة القريب لا يباع فيها إلا ما يباع على المفلس في دينه وهكذا ينبغي أن يكون حكم الجزية والخراج
 والمأقلة. وذكر الأمدى أن من وجبت عليه نفقة قريبه فقريب ماله وامتنع منها ووجد الحائم له
 عقارا فله يبعه والنفقة فيه على أقاربه، وكذا ذكر صاحب المغني في نفقة الزوجة والأولاد ولعل
 المراد بذلك العقار الذي لا يحتاج إليه للسكنى أو أن هذا يختص بالمتنع من النفقة مع قدرته عليها
 للضرورة حيث لم يقدر له على غير عقاره

(القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة)

القدرة على اكتساب المال بالبضع ليس بغنى معتبر، صرح به القاضي في خلافه وفرع عليه
 مسائل :

(منها) إذا فلس المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها لم تجبر على النكاح لأخذ المهر بغير خلاف
 (ومنها) أنه لا يجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النكاح وتحصيل المهر (ومنها) أنه لا تمنع من
 أخذ الزكاة بذلك أيضا (ومنها) لو كان لمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها وأخذ مهرها وإن كان

يجبر على إجارتها وأخذ أجرتها.

(القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة)

القدرة على اكتساب المال بالصناعات غنى بالنسبة إلى نفقة النفس ، ومن تلزم نفقته من زوجة وخادم وهل هو غنى فاضل عن ذلك على روايتين ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) القوى المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر فانه غنى بالاكتساب ، وهل له الأخذ للغرم إذا كان عليه دين على وجهين. أحدهما له ذلك قاله القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده في الزكاة وكذلك ذكره في المجرد والفصول في باب الكتابة . والثاني لا يجوز وبه جزم الشيخ مجد الدين في شرح الهداية وهذا الخلاف راجع إلى الخلاف في إجباره على التكسب لوفاء دينه كما سنده كره أن شاء الله تعالى . والاول ظاهر كلام أحمد لأنه أباح السؤال للمكاتب فقال هو مغرم ويباح له الأخذ من الزكاة مع قوته واكتسابه مع أن دينه لا يجبر على الكسب لوفائه على المذهب فمن عليه دين يجبر على الكسب لوفائه اولى بالأخذ (ومنها) وجوب الحج على القوى المكتسب فان كان بعيداً عن مكة فالمذهب انتفاء الوجوب وان كان قريباً فوجبه . وقال الشيخ مجد الدين يتوجه على أصلنا في البعيد أن يجب عليه الحج ان كان قادراً على التكسب في طريقه كما يجبره على الكسب لوفاء دينه ولكن يمكن أن يحق الله مبنية على المسامحة بخلاف حقوق الأديمين ولهذا لا يجب عليه التكسب لتحصيل مال يحج به ولا يعتق به في الكفارة (ومنها) وفاء الديون وفي اجبار المفلس على الكسب للوفاء روايتان مشهورتان . فاما المكاتب فلا يجبر على الكسب لوفاء دينه على المذهب المشهور لأنه دين ضعيف ، وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون (ومنها) أن القدرة على الكسب بالحرقة يمنع وجوب نفقته على أقاربه صرح به القاضي في خلافه وكذا ذكر صاحب الكافي وغيره . واما ان لم يكن له حرقة وهو صحيح فهل تجب له النفقة ؟ حكى أبو الخطاب روايتين وخصهما القاضي بغير العمودين وأوجب نفقة العمودين مطلقاً مع عدم الحرقة وفرق في زكاة الفطر من المجرد بين الأب وغيره وأوجب النفقة للأب بكل حال وشرط في الابن وغيره الزمانة ، وأما وجوب النفقة على أقاربه من الكسب فصرح القاضي في خلافه وفي المجرد وابن عقيل في مفرداته وابن الزاغوني والاكثرون بالوجوب . قال القاضي في خلافه فظاهر كلام أحمد أنه لا فرق في ذلك بين الوالدين والاولاد وغيرهم من الأقارب . وخرج صاحب الترغيب المسئلة على روايتين من اشتراط انتفاء الحرقة للاتفاق وهو ضعيف ، وأظهر منه أن يخرج على الخلاف في

اجبار المفلس على الكسب لو فاء دينه (ومنها) أن الفقير المكتسب هل يحتمل العقل مع العاقلة فيه روايتان (ومنها) الجزية هل تجب على الفقير المكتسب على روايتين أشهرهما الوجوب .

(القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة)

يثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً في مسائل :

(منها) شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالاً (ومنها) شهادة النساء على إسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتاً والدية إن سقط حياً (ومنها) شهادة امرأة على الرضاع يقبل على المذهب ويترتب على ذلك انفساخ النكاح (ومنها) لو شهد واحد برؤية هلال رمضان ثم أكملوا العدة ولم يروا الهلال فهل يفطرون أم لا؟ على وجهين . أشهرهما لا يفطرون لثلاثي يؤدي إلى الفطر بقول واحد . والثاني بلى ؛ ويثبت الفطر تبعاً للصوم ومن الأصحاب من قال إن كان غيماً أفطروا وإلا فلا (ومنها) لو أخبر واحد بغروب الشمس جاز الفطر ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتفاق عليه لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب ، وله مأخذ آخر وهو أن للغروب عليه إمارات تورث ظناً بانفرادها فإذا انضم اليها قول الثقة قوى بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر (ومنها) صلاة التراويح ليلة الغيم تبعاً للصيام على أحد الوجهين وذكر القاضي احتمالاً بثبوت سائر الأحكام المتعلقة بالشهر من وقوع الطلاق المعلق به وحاول آجال الديون وهو ضعيف هنا ، نعم ؛ إذا شهد واحد برؤية الهلال ثبت به الشهر وترتبت عليه هذه الأحكام وإن كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء صرح به ابن عقيل في عمد الأدلة (ومنها) لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد ثبت الحديث به ووقع الطلاق وإن كان الطلاق لا يثبت بخبر واحد ذكره ابن عقيل في العمد أيضاً ، ويتخرج عدم وقوع الطلاق في المسئلتين من المسئلة الآتية (ومنها) لو حلف بالطلاق أنه ما غضب شيئاً ثم ثبت عليه بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين فهل يقع به الطلاق على وجهين وحكماها القاضي في خلافه في كتاب القطع في السرقة والآمدى روايتين وجزم القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وصاحب المغنى بعدم الوقوع واختار السامري الوقوع وقال صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وعندى أن قياس قول من عفا عن الجاهل والناسي في الطلاق أن لا يحكم عليه به ولو ثبت الغصب برجلين (ومنها) لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها النساء حيث لم يقبل قول المرأة في ولادتها هل يقع الطلاق ؟ المشهور الوقوع وبه جزم القاضي في خلافه وتبعه الشريف أبو حفص

وأبو المواهب العكبري وأبو الخطاب والآكثرون ويشهد له نص أحمد في رواية مهنا إذا قال لها إن حضت فانت وضرتك طالق فشهد النساء بحيضها طلقنا جميعاً ، وخرج صاحب المحرر فيه وجهاً آخر أنه لا يقع الطلاق من المسئلة التي قبلها (ومنها) لو ادعى المكاتب إذا أخرج نجوم البكتابة فانكره السيد فأتى المكاتب بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين على ما قال فهل يعتق أم لا ؟ قال الخرقى يعتق ولم يحك صاحب المغنى فيه خلافاً وحكى صاحب الترغيب فيه وجهين (ومنها) إذا وقف وقفاً معلقاً بموته فإنه يصح على المنصوص في رواية الميموني وذكره الخرقى وقال القاضي لا يصح والأول أصح لأنها وصية والوصايا تقبل التعليق (ومنها) البراءة المعلقة بموت المبرى تصح أيضاً لدخولها ضمناً في الوصية نص عليه في رواية المروذي وقاله القاضي والأصحاب وكذلك إبراء المجرور للجاني من دمه أو تحليله منه يكون وصية معلقة بموته ، وهل هي وصية للقاتل على طريقين فعند القاضي هي وصية للقاتل فيخرج على الخلاف في الوصية ، وعند أبي بكر ليس الإبراء والعفو وصية لأنه إسقاط لائتمالك وقال الآمدي هو المذهب قال وإنما يكون إبراء محضاً قبل الاندمال فاما بعده فعلى وجهين (ومنها) إذا قال إذا جاء رأس الشهر فانت طالق بال فإنه يصح ذكره القاضي وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق إذا قبلته فإنه لا بد من قبولها ، وكذلك لو قالت له إن طلقني فلك على ألف فطلقها بانت ولزمها الألف ، قال الشيخ تقي الدين ذكر القاضي في خلافه ما يقتضي أنه لا يعلم فيه خلافاً وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت ان طلقني فانت برىء من صداقي فطلقها أنه يبرأ من صداقها ويقع الطلاق بئناً لأن تعليق الإبراء أقرب إلى الصحة من تعليق التملك لتردد الإبراء بين الإسقاط والتملك يقع معلقاً في الجملة والسبق فها هنا كذلك (ومنها) إذا قال من أسلم على أكثر من أربع نسوة ظلمت أسلمت واحدة منكن فهي طالق فهل يصح على وجهين . أحدهما : لا يصح لأن الطلاق اختيار والاختيار لا يتعلق بالشرط . والثاني : يصح لأن الطلاق يقبل التعليق والاختيار يثبت تبعاً له وضمناً (ومنها) إذا قال رجل لآخر أعتق عبدك غني وعلى ثمنه فقال القاضي في خلافه هو استدعاء للعتق والملك يدخل تبعاً وضمناً لضرورة وقوع العتق له وصرح بأنه ملك قهري حتى أنه يثبت للكافر على المسلم إذا كان العبد المستدعي عتقه مسلماً والمستدعي كافراً مع أنه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين حيث كان العقد موضوعاً فيه للملك دون العتق ، وكذلك على قياس قوله سرية عتق الشريك وأولى لأنها إتلاف محض يحصل بغير اختيار أحد ولا قصده . ويتفرع على ذلك إذا اعتق الكافر المومر شركاً له من عبد مسلم فإنه يسرى ولا يخرج على الخلاف في شراء مسلم يعتق عليه بملكه كما فعل أبو الخطاب وغيره (ومنها) صلاة الحاج

عن غيره ركعتي الطواف تحصل ضمناً وتبعاً للحج وان كانت الصلاة لا تقبل النيابة استقلالاً وقد اشار الامام أحمد الى هذا في رواية الشالنجي (ومنها) ان الوكيل ووصي اليتيم لهما أن يتناعا بزائد على ثمن المثل ما يتغايين بمثلها عادة ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداء ذكره القاضي وغيره، ولكنهم جعلوا ما أخذوا أن المحاباة ليست يبذل صريح وانما فيها معنى البذل وجعلها من هذه القاعدة أولى (ومنها) لو كان له امتان لكل منهما ولد فقال أحدهما ولدي ثم مات ولم يتبين ولم يبين وارثه ولم يوجد قافة أقرع بينهما فن خرجت له القرعة فهو حر وأمه معتقة بالاستيلاد وان كان أقرأته أحلبها في ملكه، وهل يثبت نسب الولد ويرثه أم لا على وجهين. أحدهما انه لا يثبت نسبه ولا يرث به وهو الذي ذكره القاضي في المجرد وان عقيل والسامري لأن القرعة لا مدخل لها في الانساب. [قال القاضي وهذان الوجهان مخرجان من الخلاف في دخول القرعة فيما اذا زوج الوليان فلم يعلم السابق منهما] (١) والثاني يثبت نسبه ويرث وهو الذي ذكره القاضي في خلافه وصاحب التلخيص وذكر صاحب التلخيص (٢) أنه قياس المذهب لأنه حر استندت حرية الى الاقرار فأشبهه مالو عينه في إقراره (ومنها) لو طلق واحدة معينة من نساءه ثم مات ولم يعلم عينها أقرع بينهما واخرجت المطلقة بالقرعة ولم يجب عليها عدة الوفاة، وتحسب لها عدة الطلاق من حينه وعلى البواقي عدة الوفاة في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها، وقال القاضي يعتد الكل باطول الأجلين وستأني المسألة فيما بعد ان شاء الله تعالى (ومنها) لو قال الخنثى المشكل أنا رجل وقبلنا قوله في ذلك في النكاح فهل يثبت في حقه سائر أحكام الرجال تبعاً للنكاح ويزول بذلك إشكاله أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى [وفيما عليه من حقوق الآدميين دون ماله منها لثلا يلزم قبول قوله في استحقاقه بميراث ذكر وديته فيه وجهان .

﴿ القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة ﴾

المنع أسهل من الرفع، ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً :

(منها) تخمير الخل ابتداء بان يوضع فيها خل يمنع تخميرها مشروع، وتخليها بعد تخميرها ممنوع (ومنها) ذبح الحيوان المأكول يمنع نجاسة لحمه وجلده وهو مشروع ودبغ جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب (ومنها) السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر ولو

(١) ما بين المربعين عن ٧١٩ فقط . (٢) في نسختي الدار : صاحب المفى .

سائر في أثناء يوم من رمضان ففى استباحة الفطر روايتان والاطماف فيه أفضل بكل حال . ونقل ابن منصور عن أحمد رضى الله عنه إن نوى السفر من الليل ثم سافر في أثناء النهار أفطر وان نوى السفر في النهار وسافر فيه فلا يعجبني أن يفطر فيه . والفرق أن نية السفر من الليل تمنع الوجوب اذا وجد السفر في النهار فيكون الصيام قبله مراعى بخلاف ما اذا طرأت النية والسفر في أثناء النهار (ومنها) أن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل فان شرعت فيه بدون اذنه ففى جواز تحليلها روايتان (ومنها) أن وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة يمنع الدخول فيها بالتيمم ، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء فهل يبطل الصلاة أم لا على روايتين ، وكذلك الخلاف في القدرة على نكاح الحرة بعد نكاح الامة هل يبطل نكاحها على روايتين . ومنعه ابتداء وكذلك في القدرة على كفارة الظهار بالعتق بعد الشروع في الصيام لا يوجب الانتقال على الصحيح وقبله يوجب (ومنها) ان المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها فان سلمت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه على وجهين . وكذلك اختار صاحب المغنى في البيع ان البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه فاذا سلمه لم يملك استرجاعه ومنع المشتري من التصرف فيه والحجر عليه مستندا الى هذه القاعدة وهو خلاف ما قاله القاضى وأصحابه في مسألة الحجر الغريب (ومنها) اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء ولا يفسخه في الدوام على الأشهر بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه (ومنها) الاسلام يمنع ابتداء الرق ولا يرفعه بعد حصوله وانما استرق ولد الامة المسلبة لانه جزء منها فهو في معنى استدامة الرق على المسلم ، وأما الأسرى اذا أسلبوا قبل الاسترقاق فانما جاز استرقاقهم لان عقاد سبيهم في الكفر انعقادا تاما فاستند الى سبب موجود في الكفر .

(القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة)

الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه الوطء بخلاف ما كان القصور طارئا عليه، نص على ذلك أحمد رضى الله عنه .

فن الأول : المشتراة بشرط الخيار في مدة الخيار وكذلك المشتراة بشرط أن لا يبيع ولا يهب وان باعها فالمشتري أحق بها نص عليه أحمد ونصوصه صريحة بصحة هذا البيع والشرط ومنع الوطء قال في رواية عبد الله فيمن باع جاريته على أن لا يبيع ولا يهب البيع جائز ولا يقرها لأن عمر بن الخطاب قال لا يقرب فرجا فيه شرط لأحد ، وكذلك قال مهنا في رواية حرب

وزاد إن اشترطوا إن باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب إلى حديث عمر حين قال لا ابن مسعود وكذلك نقل مهنا وقال في رواية أبي طالب فيمن اشترى أمة بشرط لا يقربها وفيها شرط وكذلك نقل ابن منصور وقول عمر الذي أشار إليه هو ما رواه حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأة وشرط لها أن باعها فهي لها بالثمن الذي اشتراها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال لا ينكحها وفيها شرط. قال حنبل قال عبي كل شرط في فرج فهو على هذا والشرط الواحد في البيع جائز إلا أن عمر كره لابن مسعود أن يطأها لأنه شرط لامرأته الذي شرط فلم يجوز عمر أن يطأها وفيها شرط وكذلك نص أحمد في رواية ابن هانئ على منع الوطء في الأمة المشتراة بشرط التدبير ونص أيضاً في رواية ابن منصور على منع وطء بنت المدبرة دون أمها وكاع (١) الأصحاب في توجيهه والأمر فيه واضح على ما قررناه إذ بنت المدبرة مدبرة من ابتداء ملكها بخلاف أمها، وكذلك نص على المنع من وطء الأمة المملوكة بالعمري وحمله القاضي على الاستحباب وهو بعيد، والصواب حمله على أن الملك بالعمري قاصر ولهذا نقول على رواية إذا شرط رجوعها إليه بعد صح فيكون تملكاً مؤقتاً. ومن ذلك الأمة الموصى بمنافعها لا يجوز للوارث وطئها على أصح الوجهين، وهو قول القاضي خلافاً لابن عقيل ولكن لهذه المسئلة ماخذ آخر وهو أن منفعة البضع هل هي داخلة في المنافع الموصى بها أم لا؟ ومن الثاني: أم الولد والمدبرة والمكاتبة إذا اشترطوا وطئها في عقد الكتابة والموجرة والجانية. وأما المرهونة فانما منع من وطئها لوجهين. أحدهما أنه يفضى إلى استيلاها فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن. والثاني أن الراهن ممنوع من الانتفاع بالرهن بغير إذن المرتهن ولو بالاستخدام وغيره فالوطء أولى.

(القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة)

الوطء المحرم لعارض هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا؟ إن كان لضعف الملك وقصوره أو خشية عدم ثبوته كالأمة المشتراة إذا ملكت بعقد محرم فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها، وإن كان لغير ذلك من الموانع فهو نوعان. أحدهما العبادات المانعة من الوطء وهي على ضربين. ضرب يمتنع فيه جنس الترفه والاستمتاع بالنساء فيمنع الوطء والمباشرة كالأحرام القوي وهو ما قبل التحلل الأول والاعتكاف. وضرب يمتنع فيها الجماع وما أفضى إلى الانزال فلا يمنع عما بعد افضاؤه إليه من (١) كاع الأصحاب: بمعنى اختلفوا والكوع تعوج اليدين من قبل الكوع.

الملاسة ولو كانت لشهوة وهو الصيام ، وأما الاحرام الضعيف وهو ما بين التحليل والمذهب أنه يحرم الوطء والمباشرة ، وفيه رواية أخرى أنه يحرم الوطء خاصة . النوع الثاني غير العبادات فهل يحرم مع الوطء غيره فيه قولان في المذهب ويخرج على ذلك مسائل (منها) الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج ولا يحرم ما دونه في المذهب الصحيح وفيه رواية أخرى يمنع الاستمتاع ما بين السرة والركبة (ومنها) الظهار يحرم الوطء في الفرج وفي الاستمتاع بمقدماته روايتان أشهرهما التحريم (ومنها) الأمة المسبية في مدة الاستبراء يحرم وطئها وفي الاستمتاع بالمباشرة روايتان وصحح القاضي في المجرى الجواز (ومنها) الزوجة الموطوءة لشبهة يحرم وطؤها مدة الاستبراء وفي مقدمات الوطء وجهان (ومنها) الجمع بين الاختين المملوكتين في الاستمتاع بمقدمات الوطء قال ابن عقيل يكره ولا يحرم ، ويتوجه أن يحرم أما إذا قلنا ان المباشرة لشهوة كالوطء في تحريم الأخت حتى تحرم الأولى فلا اشكال .

(القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة)

الواجب بقتل العمد هل هو القود عينا أو أحد أمرين إما القود وإما المادية ، فيه روايتان معروفتان ويتفرع عليهما ثلاث قواعد ، استيفاء القود ، والعفو عنه ، والصلح عنه .

« القاعدة الأولى » في استيفاء القود فيتعين حق المستوفى فيه بغير اشكال ثم ان قلنا الواجب القود عينا فلا يكون الاستيفاء تفويتا للمال وان قلنا أحد الأمرين فهل هو تفويت للمالك أم لا ؟ على وجهين ، ويتفرع عاها مسائل :

(منها) اذا قتل العبد المرهون فاقصص الراهن من قاتله بغير اذن المرتهن فهل يلزمه الضمان للمرتهن أم لا على وجهين . أشهرهما اللزوم نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار القاضي والأكثرين [قالوا ولا يجوز له القصاص بدون إذن المرتن] لأن الواجب كان أحد أمرين « اذا عينه بالقصاص فقد فوت المال الواجب على المرتن وقد كان تعلق حقه برقبة العبد المرهون فيتعلق بيده الواجب فهو كما لو قتله أو أعتقه فيضمنه بقيمته في المنصوص وبه جزم في المحرر وقال القاضي والأكثرون بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية والخلاف في هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجاني اذا أعتقه عالما بالجناية . والوجه الثاني لا يلزمه ضمان وصححه صاحب المحرر لأن المال انما يتعين (١) بالاختيار والاختيار نوع تكسب والتكسب للمرتن لا يلزم ولهذا لم يلزم المفلس أخذ المال اذا جنى عليه جناية

(١) كذا في نسختي الدار وفي أصلنا انما يتعلق .

توجب القود بل له الاقتصاص ولا نعدم شيئاً مع تعلق حقوق الغرماء بأعيان ماله وليس له مال آخر يغرم منه فظاهر كلام صاحب الكافي أن الوجهين على قولنا موجب العمد القود عيناً فلما ان قلنا أحد أمرين وجب الضمان لتفويت المال الواجب وهو بعيد فأما ان قلنا الواجب القود عيناً فأنما فوت اكتساب المال لم يفوت مالا واجباً فلا يتوجه الضمان بالكلية وأطلق القاضي وابن عقيل من غير بناء على أحد القولين ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد أمرين لأنهما صرحا في العفو أنه لا يوجب الضمان اذا قلنا الواجب القود عيناً ، وعلا بأنه انما فوت على المرتين اكتساب المال وذلك غير لازم له والاقتصاص مثل العفو ثم جدت الشيخ محمد الدين صرح بهذا البناء الذي ذكرته (ومنها) اذا قتل عبد من التركة المستغرقة بالديون عمداً وقلنا ينتقل الملك الى الورثة فاختاروا القصاص فهل يطالبون بقيمة العبد أم لا ؟ يخرج على المرحون (ومنها) العبد الموصى بمنفعته اذا قتل عمداً فهل لمالك الرقبة الاقتصاص بعد اذن مالك المنفعة وهل يضمن أم لا ؟ صرح القاضي في خلافه بالمنع كالمرهن سواء وهذا يتخرج على أحد الوجهين وهو أن حق مالك المنفعة لم يبطل بالقتل وأما على الوجه الآخر وهو بطلان حقه بالقتل جعلاً للوصية بالمنفعة كالهبة التي لم تقبض فلا يمنع مالك الرقبة من الاقتصاص فلا شيء عليه (ومنها) اذا جنى على المكاتب فهل له أن يقتص بدون إذن سيده ذكر القاضي في المجرد وابن عقيل الجواز لأن المطالبة بالقصاص والعفو عنه الى العبد دون سيده ولو كان قنا وقال القاضي في خلافه قياس المذهب قول أبي بكر في منعه من الاقتصاص من عبيده اذا قتل بعضهم بعضاً لأنه لا يجوز له الاقتصاص بدون إذن سيده وفيه نظر فان القاتل قد فوت مالا مملوكاً فهو كقتل الراهن المرهون بقصاص استحقه عليه ، ولكن لا يلزم ضمان المكاتب لسيده لأن السيد لا يستحق انتزاع ذلك منه وهذا بخلاف اقتصاص المكاتب من الجاني عليه فانه لم يفوت به مالا مملوكاً له (ومنها) لو قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة الاقتصاص بدون اذن الموصى له ، اذا قلنا هو ملك يتوجه المنع اذا قلنا ان الجناية أوجبت أحد شيئين فان فعلوا ضمنوا للموصى له القيمة اذا قبل (ومنها) لو قتل عبداً من مال المضاربة عمداً فان كان في المال ربح فيها شريكاً وليس لأحدهما الانفراد بالقصاص ولا العفو هذا ظاهر كلام القاضي وابن عقيل فلو اقتصر رب المال بغير اختيار المضارب توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح ان قلنا الواجب بالقتل أحد شيئين .

«القاعدة الثانية» في العفو عن القصاص وله ثلاثة أحوال . أحدها ان يقع العفو الى الدية وفيه طريقتان أحدهما ثبوت الدية على الروايتين [وهي طريقة القاضي . والثانية بناؤه على الروايتين]

فان قلنا موجهه أحد شيئين ثبتت الدية والا لم يثبت شيء بدون تراخض منهما وهي طريقة أبي الخطاب وابن عقيل وذكرها القاضي أيضاً في المضاربة ، فيكون القود باقياً بحاله لأنه لم يرض باسقاطه إلا بعوض ولم يحصل له . والحالة الثانية أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالا ، فان قلنا موجهه القصاص عينا فلا شيء له ، وان قلنا أحد شيئين ثبت المال وخرج ابن عقيل أنه اذا عفى عن القود سقط ولا شيء له بكل حال تلى كل قول لأنه بعفوه عنه تعين الواجب فيه بتصرفه فيه فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع ثم طلق احدهن فانه يتعين الاختيار فيها وهذا ضعيف فان اسقاط القود ترك له واعراض عنه وعدول الى غيره ليس اختياراً له ولهذا يملك العفو عن القود والمال جميعاً وليس له اختيارهما جميعاً بخلاف الزوجات فانه لا يملك طلاق أكثر من أربع ممن على المشهور .

الحالة الثالثة ان يعفو عن القود الى غير مال مصرحاً بذلك فان قلنا الواجب القصاص عينا فلا مال له في نفس الأمر وقوله هذا لغو ، وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص والمال جميعاً ، فان كان ممن لا تبرع له كالمقاس المحجور عليه والمكاتب والمريض فيما زاد على الثالث والورثة مع استغراق الديون للتركة فوجهان . أحدهما لا يسقط المال باسقاطهم وهو المشهور لأن المال وجب بالعفو عن القصاص ولا يمكنهم اسقاطه بعد ذلك كالعفو عن دية الخطأ . الثاني يسقط وفي المحرر أنه المنصوص عليه لأن المال لا يتدين بدون اختياره له أو اسقاط القصاص وحده وأما إن أسقطهما في كلام واحد متصل سقطاً جميعاً من غير دخول المال في ملكه ويكون ذلك اختياراً منه نقول لترك المالك فلا يدخل المال في ملكه (١) ، اذا نقرر هذا فهل يكون العفو تفويتاً للمال ان قلنا إن الواجب القود عينا لم يكن العفو تفويتاً للمال (٢) فلا يوجب ضماناً صرح به القاضي وابن عقيل وكلام أبي الخطاب يدل على وجوب الضمان وصرح في السكافي بأنه تلي وجهين كما لو اقتص منه في هذه الحالة فان عنده في الضمان وجهين وقد سبق بيان ضعف ذلك ومخالفته لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل . وكذلك في التأخير ان في الضمان هاهنا وجهين وصحح عدمه ولم يذكر في الضمان اذا اقتص خلافاً ، وفرق بعض الأصحاب بين الضمان بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو بانه اذا اقتص فقد استوفى بدل المال فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا عفى فانه لم يستوف له بدلاً بل فات عليها جميعاً ، ولهذا لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برىء ولم يلزمه الضمان لشريكه بخلاف ما إذا استوفى حقه أو بدله فانه يضمن لشريكه نصيبه منه ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فعفى مجاناً ففى السكافي هو كالعفو عن المال فان كان محجوراً عليه ثم يصح وإن كان واهياً ففيه ثلاثة أوجه .

(١) في ٧١١ ويكون ذلك اذا نقرر (٢) ما بين المربعين زيادة من ٧١٢

أحدها لا يصح وهو اختياره اعني صاحب الكافي كما لا يصح عفو المفاس . والثاني يصح ويؤخذ منه القيمة تكون رهنا لأنه أنافه بعفوه وهو قول أبي الخطاب وبه جزم صاحب التامخيص . والثالث يصح بالنسبة الى الراهن دون المرتهن فؤخذ القيمة من الجاني تكون رهناً مكانه فإذا زال الرهن ردت الى الجاني وهو قول القاضي وابن عقيل ، وأما على الوجه الثاني الذي حكيناه في أصل المسألة في صحة عفو المفاس والمريض فيما زاد على الثالث ولورثة ونحوهم في الضمان وجهان كالإقتصاص اذا قلنا الواجب أحد شيئين ، ويخرج على هذا الأصل مسائل :

(منها) عفو الراهن عن الجناية على المرهون وقد ذكرنا حكمه مستوفى (ومنها) عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجاناً فالمشهور إنا ان قلنا الواجب القود عيناً صح وان قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال وعلى الوجه الآخر الذي قيل إنه المنصوص يصح ، وعلى طريقة من حكى الضمان في المرهون ، وان قلنا الواجب القود عيناً يخرجها هنا مثله (ومنها) عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس (ومنها) عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك (ومنها) عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثالث كذلك (ومنها) اذا عفى الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن المالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما في الترغيب والأظهر تخريجهما على أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالانلاف أم لا ، ويتوجه أن لا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع لاهامالك للغير اذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجاني على العبد المستأجر لأن الاجارة تنفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية الاجرة (ومنها) اذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو من قاتله بدون اختيار الموصى له به لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب ، ويتوجه تخريج ذلك على هذا الأصل ان قلنا الواجب القصاص عيناً فلم يجب بهذه الجناية مال فاهم العفو ولا سيما على قولنا ان ملكه قبل القبول لهم ، وان قلنا الواجب القود عيناً في المرهون يخرجها هنا مثله (ومنها) العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت تن دم العمد ان قلنا الواجب القود عيناً فهو صحيح وان قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضي في خلافه في مسألة الوانف على الوارث في المرض ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على اجازة الورثة .

« تنبيه » أحدهما : لو أطاق العفو عن الجاني عمداً فهل يتنزل عفوه على القود والدية أو على القود وحده ، حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه . أحدها وذكر أنه المنصوص أنه ينصرف اليها جميعاً ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية منها . والثاني ينصرف الى القود وحده إلا أن يقر العافي بإرادة

الدية مع القود . والثالث يكون عفواً عنهما إلا أن يتناول لم أرد الدية فيحلف ويقبل منه . وفي الترغيب ان قلنا الواجب القود وحده سقط ولا دية ، وان قلنا أحد شيئين انصرف العفو الى القصاص في أصح الروايتين والآخرى يسقطان جميعاً . « الثاني » : لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه الى الدية ان قلنا الواجب هو القصاص عيناً فله تركه الى الدية وان قلنا الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاهما في الترغيب . أحدهما نعم ، وهو قول القاضي وابن عقيل ولأن أكثر ما فيه أنه معين له النصاص فيجوز له تركه الى مال كما اذا قلنا هو الواجب عيناً . والثاني لا ، وهو احتمال في الكافي والمحرم لأنه أسقط حقه من الدية باختياره فلم يكن له الرجوع اليها كما لو عفى عنها وعن القصاص . وفارق ما اذا قلنا أن القود هو الواجب عيناً لأن المال لم يسقط باسقاطه ويجب عن هذا بان الذي أسقطه هو الدية الواجبة بالجناية ، والمأخوذ هنا غيره وهو مأخوذ بطريق المصالحة عن القصاص المتعين .

القاعدة الثالثة الصلح عن موجب الجناية ، فان قلنا هو القود وحده فله الصلح عنه بمقدار الدية وبأقل وأكثر منها اذ الدية غير واجبة بالجناية وكذلك اذا اختار القود أولاً ثم رجع الى المال وقلنا له ذلك فان الدية سقطت وجوبها وان قلنا أحد شيئين فهل يكرن الصلح عنها صلحاً عن القود أو المال على وجهين ؟ يتفرع عليهما مسائل :

(منها) هل يصح الصلح على أكثر من الدية من غير جنسها أم لا ؟ قال أبو الخطاب في الانتصار لا يصح لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس وكذلك قال صاحب التلخيص يصح على غير جنس الدية ولا يصح على جنسها الا بعد تعيين الجنس من ابل أو بقر أو غنم حذاراً من ربا النسينة وربما الفضل ، وأطلق الا كثرون جواز الصلح بأكثر من الدية من غير تفصيل . قال في المغنى لأعلم فيه خلافاً وصرح السامري في فروقه بجواز الصلح بأكثر من الدية . وان قلنا الواجب أحد شيئين وعلل بان القود ثابت فالمأخوذ عوض عنه وليس من جنسه فجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات الجائزة . وأما القود فقد يقال انما يسقط بعد صحة الصلح وثبوته وأما مجرى المعاوضة في عقد الصلح فلا يوجب سقوطه فانه انما يسقطه بعوض فلا يسقط بدون ثبوت العوض له (ومنها) لو صالح عن دم العمد بشقص هل يؤخذ بالشفعة أم لا إن قلنا الواجب القود عيناً فالشقص مأخوذ بعوض غير مالي فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين وهو قول أبي بكر والقاضي والاكثرين خلافاً لأبي حنيفة ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فهو مأخوذ بعوض مالي إذ هو عوض عن الدية لتعيينها باختيار الصلح صرح به صاحب المغنى والتلخيص

بالاتلاف مثل أن يستهلكه الراهن أو يعتقه ان كان عبدا ولا يضمن بالتلف (ومنها) العبد الجاني اذا اعتقه سيده فانه يضمنه وهل يضمنه بأرش الجناية مطلقاً أو بأقل الأمرين منه ومن قيمته على روايتين ذكرهما القاضى في المجرد وأنكر في الخلاف رواية الضمان بالأرش مطلقاً قال لأنه أتلف محل الحق فلم يلزمه أكثر من ضمانه بخلاف ما اذا اختار فداء، فانه مع بقائه قد يرغب فيه راغب فيئذل فيه ما يستوفي منه الأرض كله فلذلك ضمنه بأرش كله على رواية ونقل عنه ابن منصور انه اذا علم بالجناية ضمنه بالأرش كله وان لم يعلم لزمه الأقل ونقل عنه حرب ان لم يعلم فلا شيء عليه بحال وان علم ضمنه بالقيمة فقط ولو قتله المالك لزمه قيمته للجنى عليه ذكره القاضى في خلافه وان قتله اجنبى ففي الخلاف الكبير يسقط الحق كما لو مات وحكى القاضى في كتاب الروايتين والامدى روايتين . احدهما يسقط الحق قال القاضى نقلها منها لفوات محل الجناية . والثانية لا تسقط نقلها حرب واختارها أبو بكر وبها جزم القاضى في المجرد فيعلق الحق بقيمته لأنها بدله فهو كما لو مات القاتل عمداً فان الدية تجب في تركته وجعل القاضى المطالبة على هذه الرواية للسيد والسيد يطالب الجاني بالقيمة (ومنها) اذا قتل رجلاً عمداً ثم قتل القاتل قال احمد في رواية ابن ثواب في رجل قتل رجلاً عمداً ثم قتل الرجل خطأ لهم الدية قيل له وان قتل صمداً قال وان قتل عمداً فليل له فان قوماً يقولون انه إذا قتل انما كان لهم دمه وليس لهم الدية قال ليس كذلك الحديث ان أولياءه بالخيار ان شاؤوا قتلوا وان شاؤوا قبلوا الدية فقد نص على أن القاتل اذا قتل تعيذت الدية في تركته وعال بان الواجب بقتل العمداً حديثين وقد فات أحدهما فتمين الآخر. وهذا يدل على أنه لا يجب شيء اذا قلنا الواجب القود عيناً وهذا يقوى على قولنا ان الدية لا تثبت الا بالتراضى . وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً آخر وقواه أنه يسقط الدية بموت القاتل أو قتله بكل حال معسراً كان أو موسراً وسواء قلنا الواجب القود عيناً أو أحد شيئين لأن الدية انما تجب بأزاء العفو وبعد موت القاتل لا عفو فيكون موته كموت العبد الجاني والعجب من القاضى في خلافه كيف حمل هذه الرواية على أن أولياء المقتول الأول يخبرون في القاتل الثاني بين أن يقتصوا منه أو يأخذوا الدية وتبعه على ذلك صاحب المحرر لحكامه رواية ومن تأمل لفظ الرواية علم أنها لا تدل على ذلك البتة وقال القاضى أيضاً في خلافه الدية واجبة في التركة سواء قلنا الواجب أحد شيئين أو القصاص عيناً وكلام أحمد يدل على خلاف ذلك كما رأيت وكذلك نص عليه في رواية ابن القاسم في الرجل يقتل عمداً ثم يقدم ليقاد منه فيأتى رجل فيقتله قال الولي الأول بالخيار ان شاء قتل وان شاء أخذ الدية فلما ذهب الدم فنظر الى أولياء هذا المقتول الثاني فان هم أخذوا الدية من القاتل الاخير فقد صار ميراثاً من

ماله ثم يعود أولياء الدم الأول فيأخذونها منهم بدم صاحبهم وكذلك نقل أبو الخطاب عن أحمد وقال إذا فاته الدم أخذ الدية من ماله إن كان له مال لأنه مخير إن شاء أخذ الدية وإن شاء عفا وهذا كله تصريح بالحكم والتعليل وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول لأن الدية في ماله وخرج صاحب المغنى وجهاً أن المطالبة لقاتل القاتل لأنه فوت محل الحق فهو كما لو قتل العبد الجاني وللاصحاب وجهان فيها إذا قتل الجاني بعض الورثة حيث لا ينفرد بالاستيفاء هل الباقي حصتهم من الدية في مال الجاني أم على المقتصر على وجهين وعلى الأول يرجع ورثة الجاني على المقتصر بما فوق حقه ، ونقل صالح وابن منصور عن أحمد في رجل قتل رجلاً فقامت البيعة عند الحاكم فامر بقتله فعدا بعض ورثة المقتول فقتل الرجل بغير أمر الحاكم . فقال هذا قد وجب عليه القتل ماللحاكم هاهنا وظاهر هذا أنه لا يلزمه ضمان لأنه استوفى الحق لنفسه ولشركائه ولا سيما إن قلنا الواجب بقتل العمد القود عيناً (ومنها) لو عين أضحية أو هدياً لا (١) عن واجب في الذمة فإن أتلفه أو تلف بتفريطه فمليه ضماؤه بمثله لأن مستحقته موجود وهم المداكين وإن تلف بغير تفريط فلا شيء عليه ، ونقل القاضي في خلافة ، وأبو الخطاب في انتصاره [وابن عقيل في عمده رواية] بوجوب الضمان كالزكاة واخذه من قول الخرقى ومن ساق هدياً واجباً فمطب دون محله فعليه مكانه ، وهذا بعيد جداً وكلام الخرقى إنما هو في الواجب في الذمة . قالوا وكذا الخلاف فيمن نذر الصدقة بمال معين ولم يفعل حتى تلف هل يضمه على الرايتين (ومنها) لو نذر عتق عبد معين فمات قبل أن يعتقه لم يلزمه عتق غيره ولزمه كفارة يمين نص عليه أحمد لعجزه عن المنذور ، وإن قتله السيد فهل يلزمه ضماؤه على وجهين . أحدهما لا يلزمه قاله القاضي وأبو الخطاب لأن القصد من العتق تكميل الأحكام والمصرف للعبد فاذا فاته المصرف لم يبق مستحق للعتق . والثاني يلزمه قاله ابن عتيل فيجب صرف قيمة في الرقاب أخذاً من قولنا في الولاء إذا حصل من المعتقين في الكفارة صرف في الرقاب والولاء أليس من القيمة لأنه بدل الاكتساب والقيمة بدل الذات وإذا كانت هذه الرقاب مصرفاً فلا وجه لسقوط القيمة عنه ، ولو أتلفه اجنبى فتمال أبو الخطاب لسيدة القيمة ولا يلزمه صرفها في العتق وخرج بعض الأصحاب وجهاً بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل لأن البدل قائم مقام المبدل ولهذا لو وصى له بعبد فقتل قبل قبوله فإن قيمته له إذا قتل . (٢)

(١) في أصلنا: عن واجب في الذمة (٢) كذا في أصلنا وفي ٧١١. وفي ٧١٢ ولهذا: لو وصى بعبد فقبل قوله فإن قيمته له إذا قتل (ولعله الصواب) .

﴿ القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة ﴾

الحقوق الواجبة من جنس اذا كان بعضها مقدراً بالشرع وبعضها غير مقدّر به ، فهي ثلاثة أنواع . أحدها أن يكون تقدير الحق خشية سقوط صاحبه فحيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد كذوى الفروض مع العصابات في الميراث فهنا تزيد الحق الذي لم يقدر على الحق المقدر لأنه أقوى منه . والنوع الثاني أن يكون التقدير لنهاية الاستحقاق وغير المقدر ، وكولا الى الرأي والاجتهاد من غير تقديره باصل يرجع اليه الا يراد الحق الذي لم يقدر على المقدر هاهنا وله صور :

(منها) الحد والتعزير فلا يبالغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما الا فيما سببه الوطء فيجوز ان يبلغ بالتعزير عليه في حق الحر مائة جلدة بدون نفى وقيل لا يبلغ المائة بل ينقص منه سوطا وفي حق العبد خمسين الا سوطا ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان ، ومن الاصحاب من حكى أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية حدا مشروعا في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها . قال في المغنى ويحتمله كلام أحمد والخرق . وعن أحمد لا يزداد في كل تعزير على عشر جلدات لخبر أبي بردة (ومنها) السهم من الغنيمة والرضخ فلا يبلغ بالرضخ لادمي سهمه المقدر ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدر . النوع الثالث أن يكون أحدهما مقدرا شرعا والآخر تقديره راجع الى الاجتهاد ولكنه يرجع الى أصل يضبط به فمل هو كالمقدّر أم لا ؟ ان كان محلهما واحدا لم يجاوز به المقدر وفي بلوغه خلاف وان كان محلهما مختلفا فالخلاف في باوغ المقدر وبجاوزته فالاول كالحكومة اذا كانت في محل له مقدر فلا يجاوز بها المقدر وكذلك المحل وفي باوغه وجهان والثاني كدية الحر مع قيمة العبد فاذا جاوزت قيمة العبد فمل تجب القيمة بكاملها أم لا يجوز ان يبلغ بها دية الحر بل ينقص منها على روايتين ، وقد يخرج عليهما جواز باوغ الحكومة الارش المقدر مطلقا .

﴿ القاعدة الأربعون بعد المائة ﴾

من سقطت عنه العقوبة باتلاف نفس أو طرف مع قيام مقتضى له المانع فانه يتضاعف عليه الغرم ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اذ قتل مسلم ذميا عمدا ضمنه بدية مسلم (ومنها) من سرق من غير حرز فانه يتضاعف عليه الغرم نص عليه وقيل يخص ذلك بالثر والكسر (ومنها) الضالة المكتومة يضمن بقيمتها مرتين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور معللا بان التضييف في الضمان هو لدرء القطع وهذا

متوجه على أصله في قطع جاحد العارية (ومنها) لو قلع الأذنين الدين الصحيح فانه لا يقتض منه وتلزمه الدية كاهلة نص عليه (ومنها) الصغير اذا قتل عمداً وقتلنا ان له عمداً صحيحاً ضوعف عليه الدية في ماله (ومنها) السرقة عام المجاعة قال القاضي في خلافه يتضاعف الغرم فيها من غير قطع على قول أحمد لأنه احتج في رواية الأثرم بحديث عمر في رقيق حاطب (ومنها) السرقة من الغنيمة اذا قلنا هي كالغلول وان الغال يحرم سهمه منها على رواية فيجتمع عليه غرم ماسرقة مع حرمان سهمه المستحق منها ، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر. وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذي الرحم عمداً لأن القصاص فيه قد يكون واجباً في ذير الابن وانما هو لزيادة جريمة الجناية فهو كالتضعيف بالقتل في الحرم والاحرام .

(القاعدة الحادية والأربعون بعد المائة)

اذا أتلّف عينا تعاق بها حق الله تعالى من يجب عليه حفظها واستيفائها الى مدة معلومة لزمه ضمانها بقيمتها في ذلك الوقت ، لا يوم تلفها أو بمثلها دلي صفاتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجهين ، ويتخرج على ذلك صور :

(منها) لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلّفها قبل جفافها أو تلفت بتفريطه ضمنها بقدرها يابسا لا رطباً على الصحيح وعنه يضمنها بمثلها رطباً (ومنها) لو أتلّف الأضحية أو الهدى فعليه ضمانه بأكثر القيمتين من يوم الاتلاف أو يوم النحر، وفيه وجه يضمنها بقيمتها يوم التلف قبل يوم النحر بكل حال كما لو كان أجنياً، وفي الكافي يضمنها بأكثر الأمرين من قيمتها أو هدى مثلها لأنه فوت الأمانة والتفرقة بعد لزومها فلزمه ضمانها كما لو أتلّف شيئين قال ويشتري بالقيمة هدياً ويحتمل أن يتصدق به ، ويأتحق بهذا ما إذا أكل المضحى جميع أضحيته أو الهدى مما منع من أكله فانه يضمنه بمثله لحماً نص عليه في رواية ابن منصور، لا تلزمه الأمانة والتفرقة وقد أتى بأحدهما وبقي الآخر فلزمه ضمانه ولو أتلّفه غيره فعليه قيمته لأنه لا يلزمه الأمانة فلزمته القيمة ويشتري بها مثله .

(القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة)

ما زال من الأعيان ثم عاد باصل الخلقة أو بصنع آدمي هل يحكم على العائد بحكم الأول أم لا ؟ فيه خلاف يطرد في مسائل :

(منها) لو قلع سنه أو قطع اذنه فأعاده في الحال ثبت واتحم كما كان ولم يرح فهل يحكم بطهارته أم لا نص أحمد على طهارته إذا ثبت واتحم وعلى نجاسته إذا لم يثبت وحكى القاضي المسألة على (١) روايتين ، وفرق ابن أبي موسى بين أن يثبت ويتحم فيحكم بطهارته لعود الحياة اليه وهذا بخلاف ما إذا لم يثبت وهذا حسن . فإن كان ذلك بجناية جان فالمنصوص عن أحمد أنه لا قود فيه ولادية سوى حكومة نقصه واختاره أبو بكر وبناءه كثير من الأصحاب على القول بطهارته وقال القاضي حقه بحاله فأما إن اقتصر من الجاني فأعاده واتحم فهل للمقتصر إباته ثانياً أم لا نص أحمد في رواية ابن منصور على أن له إباته وعلل بأن القصاص للشين والشين قد زال وقال القاضي في المجرد ليس له ذلك (ومنها) لو قلع ظفر آدمي أو سنه أو شعره ثم عاد أو جنى عليه فذهب شمه أو بصره ثم عاد بحاله فلا ضمان بحال في المذهب لأن أطراف آدمي لا تضمن بالاتلاف إذ ليست أهوالاً فانما يضمن بما نقص الجملة ولم يوجد نقص ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد صرح به جماعة . ويتوجه التفريق لأن أعضاء الرقيق أموال ولهذا يجوز بيع لبن الأمة دون الحرية على وجه لنا وقد ذكروا في الجارية المغصوبة إذا هزلت عند الغاصب ثم سميت فهل يضمن نقصها على وجهين والاشبه بكلامه أنه لا ضمان لأنه نص في رواية ابن منصور فيمن كسر خاتماً لغيره ان عليه اصلاحه وبينهما فرق فان اصلاح الخاتم نوع ضمان بخلاف عود السن ولو كان صرح صاحب التاميم بأنه لو غدب جداراً فنقضه ثم أعاده فعليه أرش . الا أن هذا بناء على أن الواجب الأرش فالبناء عدوان ولا يسقط به الواجب . وكذلك ذكر القاضي فيما إذا باع الغاصب الدار المغصوبة فنقضها المشتري ثم بناها أن على المشتري ضمان قيمتها مبدية ومنقوضة يرجع به على الغاصب (ومنها) نبات الحرم إذا قطعه أو قلع غصنا من شجرة منه ثم عاد ففي ضمانه وجهان وكذلك لو جنى على ريش طائر في الحرم أو الاحرام ثم نبت فهل يضمنه دلي وجهين لتردد ضمان صيد الحرم ونباته وصيد الحرم بين ضمان الأموال اذ هي أهوال في الجملة وبين ضمان آدميين لأنه واجب لحق الله تعالى والاشبه أن صيد الحرم ونباته واجب بالآدميين لدصته بمحله بالنسبة الى جميع الناس بخلاف صيد الحرم فان تحرمة يختص به فهو شبه بالأموال المأوكة التي تحمل للمالكها دون غيره (ومنها) لو أعاره حائطاً لوضع خشبه عليه فسقط الجدار ثم أعاده فهل له إعادة الوضع أم لا فيه وجهان ليس له ذلك بدون اذن لان الثاني غير الاول فلم تتناول الاعادة والاصح ذكره القاضي وابن عقيل في العارية والثاني له ذلك ان أعاده بآلته العتيقة والا فلا وحكى عن القاضي

(١) في أصلنا : فحكى القاضي في المسألتين روايتين

ولا أظنه يصح عنه ولو كان الوضع مستحقاً بعقد صلح فله الوضع بكل حال وجهاً واحداً (ومنها) إذا أجره داراً فانهدم جدارها فأعادها المؤجر فصرح القاضي وابن عقيل بأن هذا المجدد لم يقع عليه العقد وفرعاً عليه أنه لا يجبر على التجديد وكذا ذكر صاحب التلخيص مع قوله أن جدد فلا خيار له ، وحكى وجهاً باجباره على التجديد كما يجبر على الترميم ، ويتوجه التفريق بين أن تعادياً لأنها العتيقة أو غيرها كفاً التي قبلها (ومنها) مسألة الجدار المشترك إذا انهدم وأعاد أحد الشريكين فهل يعود حق شريكه فيه . إن أعاده بآلة جديدة لم يعد وإن كان بآلة العتيقة فوجهان سبق ذكرهما (ومنها) لو وصى له بدار فانهدمت فأعادها فالمشهور بطلان الوصية بزوال الاسم ولا يعود بعود البناء لأنه غير الأول ويتوجه عودها إن أعادها بآلة القديمة ، وفيه وجه آخر لا تبطل الوصية بكل حال ولو لم يعد بناؤها ، وعلى هذا فهل يستحق انقاضها الموجودة حال الوصية على وجهين يرجعان إلى أن الاعتبار هل هو بحال الوصية أو بحال الموت ، وهل يستحق البناء المتجدد فيها على وجهين أيضاً (ومنها) إذا تهدمت الكنيسة التي تقرر في دار الإسلام فهل يمكنون من أعادتها على روايتين معروفتين ، بناء على أن الإعادة هل هي استدامة أو إنشاء ، ولو فتح بلد عنوة وفيه كنيسة منهدمة تقرر فهل يجوز بناؤها ؟ فيه طريقتان . أحدهما المنع منه مطلقاً . والثاني بناؤه على الخلاف في بناء المنهدمة .

﴿ القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة ﴾

يقوم البديل مقام المبدل ويسد مسده ويبني - كما على حكم مبدله في مواضع كثيرة ، وقد سبق ذكر بعضها (ومنها) إذا مسح على الحف ثم خلعه فإنه يجوزته غسل قدميه على إحدى الروايتين ولو فانت الموالاة لأن المسح كمال الوضوء وأتمه وقام مقام غسل الرجلين إلى حين الخلع فإذا وجد الخلع وتعقبه غسل القدمين فالوضوء كالتواصل . وعلى هذا لو وجد ما يكفي لغسل بعض أعضاء الحدث الأصغر فاستعمله فيها ثم تيمم للباقي ثم وجد الماء بعد فوات الموالاة لم يلزمه إلا غسل باقي الأعضاء وهو ظاهر ما ذكره الشيخ محمد الدين في شرح الهداية لكنه بناء على سقوط الموالاة للعذر (ومنها) لو افرق انتمصارفان ثم وحد أحدهما بما قبضه عيياً وأراد الرد وأخذ بدله في مجلس الرد فهل ياتقضى الصرف بذلك أم لا ؟ على روايتين (ومنها) إذا حضر الجمعة أربعون رجلاً من أهل وجوبها ثم تبدلوا في أثناء الخطبة أو الصلاة بثلاثين انعقدت الجمعة وتمت بهم (ومنها) لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه بنى على حول الأول على المذهب ، ولو أبدله بغير جنسه استأنف

إلا في ابدال أحد التقدين بالآخر فإن فيه روايتين وخرج أبو الخطاب في انتصاره رواية بالبناء في الابدال من غير الجنس مطلقاً (ومنها) لو أبدل مصحفاً بمثله جاز نص عليه بخلاف ما لو باعه بثمان وذكّر أبو بكر في المبادلة هل هي بيع أم لا على روايتين، وانكر القاضي ذلك وقال هي بيع بلا خلاف وإنما أجاز أحمد ابدال المصحف بمثله لأنه لا يدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال به بعوض دينوي بخلاف أخذ ثمنه (ومنها) لو أبدل جلود الأضاحي بما ينتفع به في البيت من الآنية جاز نص عليه لأن ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه في متاع البيت (ومنها) ابدال الهدى والأضاحي بخير منها وهو جائز نص عليه، وكذلك ابدال الوقف إذا خرب والمسجد إذا بادأه، وفي الوقف مع عمارته بخير منه روايتان (ومنها) لو مات رب المال وهو في يد المضارب أو شريك العنان وأراد الوارث تقريره واذن له في التصرف جاز، وهل هو ابتداء عقد أو استدامة على وجهين ذكرهما في التلخيص وغيره وأشار إليهما القاضي وابن عقيل بأن كان المال عرضاً وقلنا يصح القراض على العرض فلا كلام وإن قلنا لا يصح فخرجهما القاضي على وجهين . قال في التلخيص إن قلنا هو ابتداء فلا يصح وإن قلنا تقرير جاز لأنه عرض هو اشتراء وجنس رأس المال قد تعين من قبل فرجع إليه بخلاف الابتداء أما إذا مات [العامل] وأراد المالك تقرير وراثته وكان المال عرضاً فهو كالا ابتداء وجهاً واحداً قاله القاضي والاكثرون، وفرقوا بين موت رب المال وموت العامل بأن رب المال ترك للوارث أصلاً يبنى عليه وهو المال فلذلك صح بناء العقد عليه بخلاف العامل فإنه لم يكن منه سوى العمل وقد زال بموته فلم يخلف لوارثه أصلاً يبنى عليه (ومنها) لو كاتبه على عرض فاداه فوجده معيباً فردّه فهل يستحق بدله ولا يرتفع العتق أم يرتفع العتق برده على وجهين وبناء بعضهم على أن الملك هل حصل بالقبض أم يقف على الرضى (ومنها) لو أعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه فهل يعتق المكاتب على وجهين (ومنها) أن العوض هل يقوم مقام المعوض في البر والحنث أم لا على وجهين .

﴿ القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة ﴾

فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق، وهي نوعان: حقه وحق غيره .
فأما النوع الأول فما كان من حقوقه كإدنية والقبض في النفس فلا ريب في أن لهم استيفاءه وسواء قلنا إنه ثابت لهم ابتداءً أو منتقل إليهم عن موروثهم ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب، ومال الشيخ تقي الدين إلى أن مطالبة بالقصاص توجب

تحتّمه فلا يتمكنون بعدها من العفو وما كان واجباً له في حياته ان كان قد طالب به أو هو في يده ثبت لهم ارثه (فمنه) الشفعة اذا طالب بها نص عليه أحمد في أكثر الروايات وتوقف في رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر (ومنه) حد القذف ونص عليه أيضاً ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الارث عند القاضي، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه انما يستوفي للبيت بمطالبة منه ولا ينتقل وكذا الشفعة فيه فان ملك الوارث وان كان طارئاً على البيع الا أنه مبني على ملك موروثه (ومنه) خيار الشرط ونص عليه أحمد أيضاً (ومنه) الدم نص عليه أحمد في رواية محمد بن موسى والمراد به مادون النفس اذا وجب له في حياته ثم مات من غير سرايته بعد طلبه (ومنه) خيار الرجوع في الهبة اذا طالب به ذكره القاضي في خلافه (ومنه) الارض الخراجية التي بيده لأن هذا حق قد أحدثه وحازه وكذلك الموات المتحجر وحقوق الاختصاصات التي تحت يده كلها (ومنه) حصة المضارب من الربح اذا قلنا لا تملك بالظهور فان اشتراطه لها في العقد مع عمله في المال لأجلها أبلغ من المطالبة باللفظ وهذا بخلاف الغنم ان سلناه على قولنا لا يملك حصته بدون التملك فانه لم يجاهد للغنمة وانما جاهد لاعلاء كلمة الله تعالى والغنمة تابعة، وأما ان لم يكن يطالب به فهو ضربان . أحدهما : حقوق التملكات والحقوق التي ليست بمالية كالقصاص وحد القذف ففيه قولان في المذهب اشهرهما أنه لا يورث ويندرج في ذلك صور (منها) الشفعة فلا تورث مطالبتة على المذهب وله مأخذان أشار اليهما أحمد أحدهما : أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبتة به ولو علمت رغبته من غير مطالبة لكفى في الارث ذكره القاضي في خلافه . والثاني أن حقه فيها سقط بتركه واعراضه لاسيما على قولنا إنها على الفور ، فعلى هذا لو كان غائباً فلم المطالبة وليس لهم ذلك على الأول ونقل عنه أبو طالب (١) اذا مات صاحب الشفعة فلولده أن يطلبوا الشفعة تورثه وظاهر هذا أن لهم المطالبة بها بكل حال فانه صرح بنفي (٢) ارثها في رواية منها وغيره وقد وقع التردد في كلامه في ثبوت الارث فيها (ومنها) حق الفسخ بخيار الشرط فلا تورث بغير مطالبة نص عليه أيضاً وخرج أبو الخطاب وغيره وجهاً آخر بآرثه مطلقاً (ومنها) الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً صرح به القاضي وظاهر كلام [أبي الخطاب] تخريج الخلاف فيه وعن أحمد في الهبة المخصص بها بعض الولد اذا مات الواهب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا روايتان وماخذهما أن رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثابتة للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه أو هو ثابت لاستدراك الظلم والجور ، وعلى هذا هل هو مأمور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل

(١) في ٧١١ : أبو الحارث (٢) فيها : بقاء ارثها .

فاذا لم يفعله سقط أو هو مأمور به لحق بقية الاولاد المظلومين فيثبت لهم الرد اذا تعذر الرد من جهته ؟ (ومنها) حد القذف فلا يورث بدون المطالبة أيضا نص عليه وخرج أبو الخطاب فيه وجها بالارث (١) والمطالبة (ومنها) القصاص فيمادون النفس وظاهر كلام أحمد كما قدمناه أنه يسقط بدون الطلب، وظاهر كلام القاضى والا كثيرين أنه يستوفى وعلاوا بأنه يسقط الى مال فهو كخيار الرد بالعيب (ومنها) خيار قبول الوصية المنصوص عن أحمد أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها اليه كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره وهو اختيار القاضى والا كثيرين اذا مات قبل القبول وقال الخرقى يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة (٢) الموصى له لأن الوصية لزمت بموت الموصى فهي كالمملوكة، ونقل صالح عن أبيه اذا أوصى لقربته أو أهل بيته ثم مات بعضهم بعد الميit وقبل القسمة قد وجبت الوصية لكل من أوصى له اذا كان حيا يوم أوصى له . قال الشيخ مجد الدين وهذا نص لما قال الخرقى وليس بنص فيه لاحتمال أن يكون أثبت ملكا بمجرد الموت من غير قبول أو بالقبول فليس فى النص ما ينفيه صريحا ورواية ابن منصور بالبطلان لم يتعرض فيها للقبول بل للقبض. الضرب الثانى : حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالاملاك الموروثة فينتقل الى الورثة بانتقال الاموال المتعلقة بها بدون المطالبة بخلاف الضرب الاول فان الحقوق فيه من حقوق المالكين لامن حقوق الاملاك ولهذا لا تجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم لأنه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم (ومن صور ذلك) الرهن فاذا مات وله دين برهن انتقل برهنه الى الورثة (ومنها) الكفيل وهو كالرهن لأنه توثيق فهو كالشهادة وعلاه القاضى بأنه يستوفى منه المال فهو كالرهن والضابط عنده ان ما فيه مال ينتقل الى الورثة ومالا فلا (ومنها) الضمان فاذا مات وله دين به ضامن انتقل الى الورثة مضمونا بخلاف ما اذا أحال به رب الدين فى حياته فإنه ينفسخ الضمان بالحوالة نص أحمد عليه فى رواية منها لأن الأجنبي ليس بخليفة لرب الدين فلا ينتقل اليه بحقوقه بخلاف الوارث (ومنها) الأجل فلا يحل الدين المؤجل اذا أوثقه الورثة برهن أو كفيل فى أشهر الروايتين (ومنها) الرد بالعيب وقد تردد القاضى فى خلافه هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الارث ؟ والمشهور أنه ارث لأن الرد انما يثبت لمن كان العقد له والخيار التابت بفوات الصنة المشروطة فى العقد مثله ذكره القاضى أيضا ممللا بأنه يستحق فيه الارش وذكر القاضى فى كتاب التخييج أن من باع سلعة الى أجل ثم مات المشتري فاشترها البائع من وارثه بائنا من الثمن لم يحز لأن الوارث يملكها على

(١) فى نسخى الدار : بالارث مطلقا (٢) فى أصلنا : لمورثه الموصى له

حكم ملك الميت بدليل أنه يردها على بائعها بالعيب فصار الشراء منه كالشراء من المورث وهذا غريب وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول المورث في الزكاة .

النوع الثاني : الحقوق التي هي على الموروث ، فإن كانت لازمة قام الوارث مقامه في إيفائها وإن كانت جائزة فإن بطلت بالموت فلا كلام وإن لم تبطل بالموت فالوارث قائم مقامه في أمضاها وردها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا مات وعليه ديون أو وصى بوصايا فللورثة تنفيذها إذا لم يعين وصيا (ومنها) إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كاللحج والمنذورات فإن الورثة يفعلونها عنه ويجب عليهم بذلك إن كان له مال وإلا فلا . ولو فعلها عنه أجنبي بدون إذنهم ففي الأجزاء وجهان وكذلك الكفارات الواجبة بالمال قال في المغنى إن أعتق فيها الأجنبي لم يصح وإن أعتق الوارث صح لأنه قائم مقام الموروث في ماله وأداء واجباته ، وفي البلغة إن كان له مال صح عتقه عنه وإن لم يكن له مال لم يصح عتقه عنه ويصح إطعامه عنه ، وأما الأجنبي فلا يصح عتقه عنه وفي صحة إطعامه عنه وجهان ، ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها فالوارث يقوم مقامه في الذبح

« تنبيه » : كثير من الأصحاب يطلق ذكر الوارث هنا وقال ابن عقيل وغيره هو الأقرب فالأقرب وكذلك قال الخرقى هو الوارث من العصبه ، أما الوارث بالشفعة فيدخل فيه العصبات وذوو الفروض والرحم ، وأما الوارث لحد القذف فكذلك على المنصوص وقيل يختص بالعصبه وقيل بمن عدا الزوجين من الورثة (ومنها) إذا مات الراهن قبل إقباض الرهن الذي لا يلزمه بدون قبض فوارثه قائم مقامه في اختيار التقبض والامتناع ذكره الأصحاب وقالوا وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب (١) لأنه عقد يؤول إلى لزوم ولا يبطل في الموت كالبيع في مدة الخيار بخلاف الشركة والمضاربة مع أن في المضاربة خلافاً سبق (ومنها) إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض ففيه وجهان . أحدهما يقوم وارثه مقامه في ذلك كالأرهن قاله أبو الخطاب والثاني يبطل وهو المنصوص في رواية ابن منصور واختيار ابن أبي موسى وقاله القاضي وابن عقيل في الهبة في الصحة ، وأما العطية في المرض إذا مات قبل إقباضها فجعلها الورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية .

(القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة)

المعتمدة البائن في حكم الزوجات في مسائل :

(منها) أن المبتوتة في مرض الموت ترث في العدة دون ما بعدها على إحدى الروايتين لأن الطلاق مانع من الإرث فلما قصد به الفرار من الحق المنعقد سببه ضعف منعه فلم يعمل في المنع مادامت علق الزوجية قائمة (ومنها) تحريم نكاح الأخت في عدة اختها البائن ، والخامسة في عدة الرابعة تنزىلا لحالة العدة منزلة حالة النكاح (ومنها) أن العدتين من رجلين (١) لا يتداخلان فإذا وطئت البائن بشبهة في عدتها تمت عدة الأول واستأنفت العدة للثاني على المذهب فلا تكون محبوسة على رجلين في عدة واحدة كما لا يحبس عليهما في نكاح واحد ، وإن كان الواطئ بشبهة هو الزوج تداخلت العدتان لأنهما من رجل واحد إلا أن تحمل من أحد الوطئين ففي التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين ، وذكر أبو بكر فيما إذا وطئت زوجة الطفل ثم مات عنها ثم وضعت قبل تمام عدة الوفاة أنها لا تحل له حتى تكمل عدة الوفاة ، قال الشيخ محمد الدين وظاهر هذا تداخل العدتين (ومنها) لو طاق المدخول بها طلاقاً باتناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول ففيها طريقان . أحدهما : أنها على الروايتين في الرجعية إذا رجعت أو طلقت في العدة قبل الإصابة هل تبني أو تستأنف وهو المذكور في المجرد والفصول والمحرم . والثاني تبني هنا رواية واحدة وهو ما في تعليق القاضي وعمد الأدلة لا نقطاع النكاح الثاني عن الأول بالبينونة بخلاف الرجعية (ومنها) لو مات مسلم وزوجته ذمية فأسلمت في العدة قبل قسمة الميراث فنص أحمد في رواية البرزاطي على أنها ترث ما لم تنقض عدتها ، وعلى هذا فلو أسلمت المرأة أولاً ثم ماتت في مدة العدة لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة لا نقطاع علق الزوجية عنه بموتها وحكى القاضي عن أبي بكر أن الزوجين لا يتوارثان بالاسلام قبل القسمة بحال قال وظاهر كلام الأصحاب خلافه وأنه لا فرق في ذلك بين الزوجين وغيرهما كما يرث الزوجان من الدية سواء قيل بحدوثها على ما سلكهم أو على ملك الموروث ولم يذكر القاضي المنصوص عن أحمد ، وأما نفقة البائن فإن كانت بفسخ أو طلاق فلها السكنى والنفقة مع الحمل والا فلا هذا ظاهر المذهب لأن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ولهذا لم يجب قبل التسليم ولا مع النشوز. وعنه لها السكنى خاصة إذا لم تكن حاملاً . وعنه لها النفقة والسكنى حكاه ابن الزاغوني وغيره مطلقاً وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

(١) في أصلنا من رجل ، وعلى رجل .

(القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة)

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في صور:

(منها) ان في ابحاثها في مدة العدة روايتين ، وعلى رواية التحريم فهل يجب لها المهر بالوطء على وجهين (ومنها) ان طلاقها في مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين (ومنها) أن الايلاء منها هل يصح منها على روايتين (ومنها) هل يصح اختيارها لزوجها اذا اعتقت تحت عبد على وجهين (ومنها) لو نكحت المصاهرة ثلاثاً زوجاً آخر نفخى بها ثم طلقها وقلنا تجب عليها العدة بالخطوة وثبتت الرجعة وهو ظاهر المذهب ثم وطئها في مدة العدة فهل يحلها لزوجها الأول على روايتين حكاهما صاحب الترغيب (ومنها) اذا عاقت الرجعية في مدة العدة بولد فهل تالحق بمطلقها أم لا ؟ على روايتين . (ومنها) ان المعتدة من اجنبي من طفلها (١) هل تعود الى حضنته في مدة الرجعة أم لا تعود حتى تنقضي عدتها على وجهين (ومنها) لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل الى عدة الوفاة أو تعتد باطولهما على روايتين (ومنها) أن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله تعالى كالميتوفى عنها نص عليه أحمد في رواية أبي داود وذكره القاضي في خلافه وصاحب المحرر ، وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

(القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة)

أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في مواضع :

(منها) الميراث (ومنها) الدية (ومنها) العقيقة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة (ومنها) الشهادة (ومنها) العتق فيعدل عتق امرأتين بعثق رجل في الفكاك من النار كما دل عليه الحديث وحكى ابن أبي موسى في المسئلة روايتين . احدهما كذلك . والثانية وجعلها المذهب ان عتق العبد والأمة في ذلك سواء (ومنها) عطية الأولاد في الحياة فان المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث خلافاً لابن عقيل (ومنها) الصلاة فان المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض واكثر الحيض على ظاهر المذهب خمسة عشر يوماً وهو نصف الشهر .

(القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة)

من أدلى بوارث وقام مقامه في استحقاق ارثه سقط به ، وان أدلى به ولم يرث ميراثه لم يسقط به ، ويتخرج على ذلك مسثلان : احدهما ، ولد الأم يدلون بالأم ويرثون معها لأنهم يرثون بالآخوة

(١) في أصلنا وفي ٧١٢: متى طلقها ، وفي نسخة الدار : هل تعود الى حضنتها منه

لا بالأمومة . والثانية الجدة أم الأب ترث مع الأب على ظاهر المذهب لأنها ترث ميراث جدة
لا ميراث جد .

(القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة)

الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير معين في احكام :
(منها) من له وارث معين ليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه ، ومن لا وارث له من ذى فرض
ولا عصبه ولا رحم هل له أن يوصى بماله كله أم لا ؟ على روايتين ، فمن الاصحاب من بناءهما على
هذه القاعدة ومنهم من بناءهما على أن بيت المال هل هو عصبه وارث أم لا ويتعلق بهذا إذا أقر
الامام بنسب من لا يعلم له وارث معين قال القاضى وابن عقيل ثبت نسبه لأن المال للسليين
والامام نائبهم وهذا كآته تفريع على القول بتوريث بيت المال ، ويتوجه مثل ذلك في اجازة
الامام وصية من وصى بكل ماله وقتلنا لا يجوز له الزيادة على الثلث . وذكر الاصحاب أن من قتل
ولا وارث له فالامام العفو عن قاتله الى الدية وليس له العفو مجاناً لأنه كتوريث القاتل ، وهل له
أن يقتص على وجهين قد سبق ذكر مأخذهما (ومنها) الاموال التي يجهل ربها يجوز التصديق
منها بخلاف ما علم ربها وقد سبق من ذلك صور عديدة (ومنها) اذا مات من لا وارث له وعليه
دين مؤجل فهل يحل ؟ قال القاضى وابن عقيل في المجرد وصاحب المغنى يحل لأن الاصل يستعته
الوارث وقد عدم هنا . وذكر القاضى في خلافه احتمالين لأن له وارثاً ولكنه غير معين ، وقد يتخرج
على هذا ما اذا مات المستأجر ولا وارث له هل تنفسخ الاجارة أولاً ؟ فان أحد نص فيمن
اكثرى بغيراً ليحج عليه فمات في بعض الطريق فان عاد البعير خالياً فعليه بقدر ماوجب له ،
ووجهه صاحب المغنى غيره بأنه تعذر انتفاعه في بقية المدة وليس له وارث يستوفى المنفعة فانفسخت
الاجارة بذلك . وصرح الاصحاب بأن الامام يأخذ بالشفعة اذا مات من لا وارث له بعد المطالبة
بها ، وفي عمدة الادلة لابن عقيل أن حد القذف كذلك في قياس المذهب (ومنها) أن المال
المستحق لغير معين كالزكاة لا تقف ادائه على مطالبته ولا على مطالبته وكيانهم وهو الامام ولهذا
لا تسقط الزكاة عندنا بتلف النصاب قبل التمكن من الاداء بخلاف المستحق لمعين فانه لا يجب
الاداء اليه بدون مطالبة .

(القاعدة الخمسون بعد المائة)

تعتبر الاسباب في عقود التمليكات كما يعتبر في الايمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة :

(منها) مسائل العينة (ومنها) هدية المقترض قبل الأداء فانه لا يجوز قبولها ممن لم يحجر له منه عادة (ومنها) هدية المشركين لا أمير الجيش فانه لا يختص بها على المذهب بل هي غنيمة أو فيء على اختلاف الاصحاب (ومنها) هدايا العمال قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا التي تهدي للامير فبعضها منها الرجل قال هذا الغلول ، ومنع الاصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته (ومنها) هبة المرأة زوجها صداقها اذا سألها ذلك فان سببها طلب استدامة النكاح فان طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه أحمد في رواية عبد الله (ومنها) الهدية لمن يشفع له بشفاعته عند السلطان ونحوه فلا يجوز ذكره القاضي وأوماً اليه لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها وفيه حديث صريح في السنن ، ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده ودعة فأداها فهديت اليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة وحكم الهدية عند أداء سائر الامانات حكم الوديعة (ومنها) مانص عليه أحمد في رواية ابن مهران فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم لأنها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد في الرد لأنها مأخوذة بسببه وان كانت غير لاحقة به . وتأولها القاضي على انها ان كانت مأخوذة في المجلس فلحققت بالعقد وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة الى ذلك (ومنها) ما حكاه الاثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينها فان كان دفع اليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وان كان أهدي هدية يردونها عليه . قال القاضي في الجامع لأن في هذه الحالة تدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فاذا زال ملك الرجوع بها كالمهبة بشرط الثواب انتهى . وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فاما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية . فاما ان كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كاجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل ان فسخ البيع باقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الاجرة وان فسخ بخيار أو عيب ردت لان البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه وقياسه في النكاح أنه ان فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت وان فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد

(القاعدة الحادية والخسون بعد المائة)

دلالة الاحوال تختلف بها دلالة الاقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها ، ويترتب عليها الاحكام بحجدها ويتخرج عليه مسائل :

(منها) كنايات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى ارادة غير الطلاق بها
(ومنها) كنايات القذف وحكمها كذلك على الصحيح حتى ان ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح
(ومنها) لو تلفظ الاسير بكلمة الكفر ثم ادعى انه كان كرها فالقول قوله لأن الاسر دليل الاكراه
والتقية (ومنها) لو اتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء والحكاية وقال ولم أرد الاسلام مع دلالة
الحال على صدقه فهل يقبل منه على روايتين حكاهما القاضي في روايته ويتخرج عليهما لو أقر بمال
في هذه الحال وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به (ومنها) لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى
الاكراه قبل قوله نص عليه . ولو احضر الى سلطان فاقتر ثم ادعى انه دهش ولم يعقل ما أقر به لم
يقبل نص عليه أيضا . ويتخرج قبوله اذا ظهرت منه اماره ذلك من تلجلجه في الكلام ورعدة
ونحوها (ومنها) لو دخل حربي الينا ومعه سلاح فادعى انه جاء مستامنا لم يقبل قوله وان لم يكن معه سلاح
قبل نص عليه . وكذلك لو جاء بعض عسكرينا بحربي وادعى انه اسره وقال بل امتنني فنية روايتان
وثالثها أن القول قول من يدل الحال على صدقه لضعفه او قوته (ومنها) لو جاء المكاتب سيده بتهم
كتابته فقبضها السيد ثم قال له انت حر ثم بان المال مستحقا وقال السيد انما أردت الاخبار بعقده
بالاداء ولم ارد تنجيز عتقه فالقول قوله ذكره القاضي في المجود وابن عقيل وقد نص احمد في رواية
المروذي في رجل قالت لامرأته ان خرجت فانت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فابصرها
زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت أنت طالق وقال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع
طلاقه مع أن الظاهر انه أراد الاخبار بوقوع طلاقها المحلوف به على خروجها ولم يدنيه في ذلك .
وأیضا فلو قيل انه قصد انشاء الطلاق فانه انما اوقعه عليها بخروجها الذي منعها منه ولم يكن موجودا
وهذا يشهد لقول القاضي فيما إذا قال لزوجته أنت طالق ان دخلت الدار بفتح الهمزة أنها تطلق
مطلقا سواء كانت قد دخلت أو لم تدخل خلافا لما ذكره ابن أبي موسى انها لا تطلق اذا لم تكن دخلت
من قبل لانه انما طلقها لعله فلا يثبت الطلاق بدونها ، وكذلك أفتى ابن عقيل في فتونه فيمن قيل له قد
زنت زوجتك فقال هي طالق ثم تبين له انها لم تكن زنت أنها لا تطلق . وجعل السبب كالشرط اللفظي
وأولى وهذا هو قول عطاء بن ابي رباح (ومنها) لو سرق عينا وادعى أنها ملكه ففي قطعه روايتان
ثالثها ان كان معروفاً بالسرقة قطع وإلا فلا صححها صاحب الترغيب (ومنها) لو ادعى دفع ثوبه إلى
من يخطئه أو يقصره أو ركب سفينة وهو معروف بأخذ الأجرة على ذلك استحق الأجرة (ومنها)
الحبة التي يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط نقل حنبل عن أحمد ما يدل على وجوب
اثابته والمشهور خلافه (ومنها) لو وجد لقيط وبجنبه مال ظاهر أو مدفون دفنا طرياً فانه يحكم له به .

وكذلك ما يكون بالقرب من الانسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه ذكره ابن عقيل قال وكذلك رزمة الثياب وحزمة الخطب يحكم بها للواقف بقربها لأن ذلك شاهد وضعها عنه للاستراحة فكأنها على رأسه انتهى . ويتبعى تقييده بمن كان يليق به حملها دون من لا يحملها مثله (ومنها) لو تنازع الزوجان في متاع البيت فما صلح للرجل فهو للرجل وما صلح للنساء فهو للمرأة ، وكذلك لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما أو نازع رب الدار خياطاً فيها في ابرة أو مقصر أو تنازع المؤجر والمستاجر في رف مقلوع أو مصراع له شكل منصوب . ومن هذا الباب اللوث في القسامة والقضاء بمعاقد القمط وهو رواية حكاه ابن أبي موسى والحاك النسب بالقاقة (ومنها) لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها مثل أن ادعى علي الخليفة أنه اشترى منه مافية ثقل وحملها بيده (١) لم تسمع دعواه بغير خلاف ذكره القاضي في خلافه وان أطلق الدعوى عليه ففي سماعها قبل أن يبين أن لها أصلاً روايتان لاحتمال معاملته بوكيله (ومنها) لو اختلف الزوجان في قدر المهر فالقول قول من يدعى مهر المثل على احدي الروايتين .

﴿ القاعدة الثانية والخمسون بعد المائة ﴾

المحرمات في النكاح أربعة أنواع .

النوع الاول : المحرمات بالنسب ، وضابط ذلك أنه يحرم على الانسان أصوله وفروعه وفروع أصله الادنى وان سفلن وفروع أصوله البعيدة دون بناتهن فيدخل في أصوله أمه وأم أمه وأمه وأمه وان علون ، ودخل في فروعه بنته وبنت بنته وننت ابنه وان نزلن ، ودخل في فروعه أصله الادنى اخواته من الابوين أو من أحدهما وبناتهن وبنات الاخوة وأولادهم وان سفلن ، ودخل في فروعه أصوله البعيدة العمات والخالات وعمات الابوين وخالاتهما وان علون . ولم يبق من الاقارب حلالاً سوى أصول فروعه البعيدة وهن بنات العم وبنات العمات وبنات الخال وبنات الخالات .

النوع الثاني : المحرمات بالصهر ، وهن أقارب الزوجين وكلهن حلال إلا أربعة أصناف حلال الآباء والابناء وامهات النساء وبنات النساء المدخول بهن . فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر وفروعه فيحرم على الرجل أم امرأته وأم أبيها وان علت . ويحرم عليه بنت امرأته وهي الربية وبنت بنتها وان سلفت ، وتحرم بنت الربيب أيضاً نص عليه في رواية صالح وذكر الشيخ تقي الدين أنه لا يعلم فيه نزاعاً ، ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه وان علا وامرأة ابنه وان سفل .

(١) في ٧١١ باقة بقل وحملها بيده . و ٧١٢ : باقة وحملها الخ

النوع الثالث : المحرمات بالجمع ، فكل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما بحيث لو كانت احدهما ذكراً لم يحز له التزوج بالآخرى لأجل النسب دون الصهر . فلا يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وان علت ولا بينها وبين خالتها وان علت ، ولا بين الاختين ولا بين البنت وأما وان علت . قال الشعبي : كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يقولون لا يجمع الرجل بين امرأتين لو كانت احدهما رجلاً لم يصلح له أن يتزوجها ذكره الامام أحمد في رواية ابنه عبد الله بإسناده . وإنما قلنا لأجل النسب دون الصهر ليخرج من ذلك الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها فانه مباح اذلا محرمية بينهما ليخشى عليهما القطيعة لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرضاع فانه يحرم عليه الجمع بينهما نص عليه في رواية الاثرم وحرب وتوقف في رواية ابن منصور في كون تشبيه الزوجة بالمحرمة من الرضاع ظاهراً فدل أن تحريم الرضاع لا يساوي تحريم النسب من جميع الوجوه والله أعلم .

النوع الرابع : المحرمات بالرضاع ، فيحرم به ما يحرم من النسب في الاوابع الثلاثة المتقدمة واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنته من الرضاع . وقال أحمد في رواية ابن بدينا في حلية الابن من الرضاع لا يعجبني أن يتزوجها يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وليس على هذا الضابط ايراد صحيح سوى المرضعة بلبن الزنا والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أنها محرمة كالبنات من الزنا فلا ايراد اذاً والله أعلم .

(القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة)

ولد الولد هل يدخل في مسمى الولد عند الاطلاق ، هذا ثلاثة أنواع : أحدها أنه يدخل في مسماه مطلقاً مع وجود الولد وعدمه وذلك في صور :
 (منها) المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء (ومنها) امتناع القصاص بين الأب وولده (ومنها) امتناع قطعه في السرقة من مال ولده (ومنها) رد شهادة الوالد لولده (ومنها) وجوب اعتناق الولد على والده (ومنها) جر الولاء فاذا كان ابن معتقه قوم أبوه وجده رقيقين فبعتق جده انتقل الولاء إلى موالى الجد سواء كان الأب موجوداً أو لم يكن في احدى الروايتين وفي الاخرى ان كان الأب مفقوداً جر الجد الولاء إلى مواليه وان كان موجوداً لم يحجره بحال وفي الثالثة لا يحجره الجد بحال فيختص جر الولاء بعنق الأب (ومنها) الوقف على الولد فيدخل فيه ولد الولد نصي

عليه أحمد في رواية المروذي ويوسف بن أبي موسى ومحمد بن عبيد الله المنادي وهو الذي جزم به الخلال وابن أبي موسى والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر خلافه وغيرهم . وهل يدخلون مع آبائهم بالتشريك أولا يدخلون إلا بعدهم على الترتيب على وجهين للأصحاب ، وفي الترتيب فهل هو ترتيب بطن على بطن فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً مع وجود فرد من الأولاد أو ترتيب فرد على فرد فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده على وجهين والثاني هو منصوص أحمد وقد سبق ذكره وفي أحكام القرآن للقاضي إن كان ثم ولد لم يدخل ولد الولد وإن لم يكن ولد دخل واستشهد بآية المواريث قال ويصح حمل اللفظ على حقيقة ومجازه في حالين مختلفين لافي جهة واحدة مع أنه ذكر احتمالاً بأن إطلاق الولد على ولد الولد حقيقة قال والاشبه أنه مجاز لصحة نفيه ، وفي المجرد للقاضي لو وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على الفقراء فهو بعد البطن الثاني من ولده للفقراء ومن الأصحاب من فهم منه أن ولد الولد لا يدخلون في إطلاق الولد ومنهم من قال بل إنما رتب بطناً بعد بطن مرتين ثم جعل بعدهما للفقراء اعلم أنه أراد البطنين الأولين خاصة بخلاف حالة الإطلاق وإلى هذا أشار صاحب التلخيص (ومنها) الوصية لولده وقد جعل الأصحاب حكمها حكم الوقف وذكر أبو الخطاب أن أحمد نص على دخولهم في ذلك والمعروف عن أحمد إنما هو في الوقف وأشار الشيخ تقي الدين إلى دخولهم في الوقف دون الوصية لأن الوقف يتأبد فيستحق ولده طبقة بعد طبقة والوصية تملك للوجودين فيختص بالطبقة العليا الموجودة . وحيث قيل بدخول ولد الولد في الوقف والوصية فأنما هو في ولد البنين فاما ولد البنات ففيه وجهان . للأصحاب اختيار الخرق والقاضي أنهم لا يدخلون واختار أبو بكر وابن حامد دخولهم . ونص أحمد في رواية المروذي على أنهم لا يدخلون في الوقف على الولد فمن الأصحاب من قال لا يدخلون في مطلق الولد إذا وقع الاقتصار عليه ويدخلون في مسمى ولد الولد لأنهم من ولد الولد حقيقة وليسوا بولد حقيقة وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي ومال إليها صاحب المغني (ومنها) المنع في دفع الزكاة إلى الولد ويدخل فيه ولد الولد وسواء في ذلك ولد الذكور والإناث على المنصوص عن أحمد لأن ولد البنت قد ثبت له حكم الوالد في موضع فيثبت له حكم المنع من الزكاة بخلاف الوقف والوصية فإن المراعى فيهما صدق الاسم وثبوته في العرف لاجريان الحكم والله أعلم .

النوع الثاني : ما يدخل فيه عند عدم الولد لأمع وجوده وذلك في صور : (منها) الميراث فيرث ولد الولد جدهم مع فقد أبيهم كما يرثون آبائهم ولكن لا يرثهم الجد مع فقد الأب كما يرث الأب على ظاهر المذهب وفيه وجه آخر أنه يرثهم كآب مطلقاً بحيث يحجب الاخوة كلهم اختاره ابن بطة وأبو حفص

البرمكي والشيخ تقي الدين (ومنها) ولاية النكاح فيلبي الجدة فيها بعد الاب مطلقاً مقدماً على الابن على قول الحرقي والقاضي لكن لا يقوم مقام الاب في الاجبار على المذهب وحكي ابن الزاغوني رواية أنه يقوم مقامه في الاجبار (ومنها) ولاية الصلاة على الجنائز فيلبي الجدة بعد الاب مقدماً على الابن على الصحيح أيضاً (ومنها) الحضاة فان الجدة اول رجا لها بها بعد الاب .

النوع الثالث : ما لا يدخل فيه في مسمى الولد بحال وذلك في صور كثيرة (منها) الرجوع في الهبة (ومنها) الاخذ من مال الولد بغير حاجة (ومنها) ولاية المال وفيه رواية (ومنها) الاستئذان في الجهاد (ومنها) الاستتباع في الاسلام (ومنها) الانفراد بالنفقة مع وجود وارث غيره موسراً كان الوارث الذي معه أو معسراً فالمعروف أن حكمه حكم سائر من تلزمه النفقة ، هل يلزمه كمال النفقة أو بقدر ارثه على روايتين أصحهما لا يلزمه أكثر من مقدار ارثه منه وفي الاقناع لابن الزاغوني أن هذا الخلاف في الجدة والجدة خاصة وأن سائر الاقارب لا يلزم منهم الغنى النفقة إلا بالحصّة بغير خلاف .

(القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة)

خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا ؟ بمعنى أنه هل يلزمه المخرج له قهراً ضمانه للزوج بالمهر؟ فيه قولان في المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد واكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوصاً هذا الخلاف بين عدا الزوجة فقالوا لا يضمن الزوج شيئاً بغير خلاف واختار الشيخ تقي الدين أنه متقوم على الزوجة وغيرها وحكاة قولاً في المذهب ويخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أو غيره فإنه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفرقة من الاجنبي وحده وله مأخذان . أحدها أن خروج البضع من الزوج متقوم فيتعوم قبل الدخول بنصف المهر المسمى وفيه وجه بنصف مهر المثل . والثاني أنه ليس بمتقوم لكن المفسد قرر هذا المصنف على الزوج إذا كان بهدد أن يسقط عنه بانهساخ النكاح بسبب من جهتها . والثالث أن المهر كله يسقط بالفرقة لكن يجب لها نصف المهر وجوباً مبتدئاً بالفرقة التي استقل بها الاجنبي فلذلك ازله ضمانه ذكره القاضي في خلافه وفيه بعده . وأما حيث لا يلزم الزوج شيء كما إذا وطئ الاب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه له نصف المهر أم لا ؟ دلي وجهين مذكورين في المغنى وغيره . وهما متزلان على أن

البضع هل هو متقوم أم لا ، إذ لا غرم هنا على الزوج ، وتقل منها عن أحد في رجل تزوج امرأة فبعثوا إليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعاً قال فقلت له ما عليه فقال عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها . قلت وللأخرى ما عليه قال لها نصف الصداق قلت يرجع بالنصف الذي غرم لابنتها قال لا وإنما لم يرجع هنا عنده لأن فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه يرجع بما غرمه على من غره وأما إن كان الفساد بعد الدخول بارضاع أو غيره ففيه وجهان : أحدهما أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم وكما يضمن الغار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هذا أولى لأن المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الاجنبى فانه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى اذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه اذا لم يكن يستحقه مقدراً بخلاف منفعة الاجارة فانها تنقسط على المدة مع أن الاجارة تسقطها الاجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله : والوجه الثاني أنه لاضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم واليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين . وأما ان كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الاصحاب لاضمان عليها بغير خلاف لثلا يازم استباحة بضعها بغير عوض واختار الشيخ تقي الدين أن عاها الضمان وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتى وكما قال الاصحاب في الغارة أنه لا مهر لها بل عندنا في الاجارة أن غصب المؤجر يسقط الاجرة كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه وأجاب عنها قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعلق به حق توفيه باتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم (ومنها) شهود الطلاق اذا رجعوا قبل الدخول فانهم يغرمون نصف المهر وان رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئاً على روايتين مأخذهما تقويم البضع وعدمه . وعلى التفریم يغرمون المهر المسعى وقيل مهر المثل (ومنها) امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فانه يخير بين زوجته وبين المهر فان اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذى أقبضه إياها أعنى الاول لأنه هو الذى استحقه على أصح الروايتين . وعلى الثانية يأخذ المهر الذى أعطاهما الثانى وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثانى أم يرجع به على المرأة على

روايتين . احدهما يرجع به عليها لان الفرقة جاءت منها فيستقر الضمان عليها . والثاني لا يرجع به لان المرأة استحقته بالاصابة فلا يجوز أخذه منها (ومنها) إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني وقلنا على رواية أن الثاني أحق بها فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا ؟ على وجهين واختار القاضي الضمان لأن خروج البضع متقوم (ومنها) إذا أسلت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت اليها ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الاسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه على روايتين حكاهما ابن أبي موسى وظاهر القرآن يدل على وجوبه لكن أكثر الاصحاب على عدم الوجوب لأن الآية نزلت في قصة صالح الحديبية وكان الصالح قد وقع على رد النساء قبل تحريره فلما حرم الرد بعد صحة اشتراطه وجب رد بدله وهو المهر . وأما بذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهورهن لأنه شرط مال للكفار من غير ضرورة ومن اختار الوجوب كالشيخ تقي الدين منع أن يكون رد النساء مشروطاً في صالح الحديبية ومنع عدم جواز شرط رد المهر لاسيما إذا كان مشروطاً من الطرفين (ومنها) خلع المسلم زوجته بمحرم يعلنان بحريمه كخمر أو خنزير قال أبو بكر والقاضي والآء حاب هو كالخلع الخالي عن العوض فاذا صححناه لم يلزم الزوج شيء بخلاف النكاح على ذلك وعند الشيخ تقي الدين يرجع إلى المهر كالنكاح ويحتمل كلام الخرقى في خلع الامة على سلمة يدها أنه يصح ويتبع بقيتها بعد العتق (ومنها) مخالعة الأب ابنته الصغيرة بشيء من مالها فالذهب انه غير جائز وأن الضمان على الأب نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وخرج بعض المتأخرين وجهاً بجوازه بأن خروج البضع متقوم فما بذل مالها الا فيما له قيمة فلا يكون تبرعاً وخرجه بعضهم من الرواية التي نقول فيها ان للأب العفو عن نصف المهر في الطلاق قبل الدخول بناء على أنه الذي يده عتدة النكاح وذكر صاحب المغنى احتمالاً في ولي الصغيرة والسفينة والمجنونة مطلقاً اذا رأى الحظ في ذلك وكذلك أشار اليه ابن عقيل في الفصول (ومنها) اذا قال لزوجته أنت طالق بائف فلم تقبل طلقت رجعيّاً ولم يلزمها شيء نص عليه أحمد رحمه الله تعالى في رواية مهنا ولو قل لعبد أنت حر بائف فلم يقبل لم يعتق عند الاصحاب والفرق بينهما أن خروج البضع غير متقوم بخلاف العبد فانه مال محض وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً أنه يعتق العبد بغير شيء كما في الطلاق لأن الطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى وليس العوض بركن فيهما اذ لم يعلقهما عليه بل اوقعهما منجزاً وشرط فيهما العوض فاذا لم ياتزما العوض لغى ووقع الطلاق والعتق لما فيهما من الحق لله تعالى الذي لا يمكن ابطاله

(٤٢ - قواعد)

(القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة)

٠ يتقرر المهر كله للمرأة باحد ثلاثة اشياء :

(الاول) الوطاء فيقرر به المهر على كل حال، وأما مقدماته كاللبس للشهوة والنظر الى الفرج أو الى جسدها وهي عارية فمن الاصحاب من ألحقه بالوطء وجعله مقررأرواية واحدة لأنه أكد من الخلوة المجردة ومنهم من خرج على وجهين أو روايتين من الخلاف في تحريم المصاهرة به وقال ابن عقيل ان كانت عاداته فعل ذلك في المأستقر به المهر لأن ذلك خلوة مثله والا فلا والمنصوص عن احمد رحمه الله في رواية منها أنه اذا تعمد النظر اليها وهي عريانة تغتسل وجب لها المهر (والثاني) النخوة ممن يمكن الوطاء بمثله فان كان ثم مانع اما حى كالجب والرتق أو شرعى كالأحرام والخيض فهل يقرر المهر على طرق الاصحاب. احدها أن في المسئلة روايتين مطلقتين وهي طريقة القاضي في الجامع وصاحب المحرر وكذا لصاحب المغنى الا انه اورد رواية ثالثة بالعوض بين المانع المتأكد شرعا كالأحرام وصيام رمضان فلا يستقر معه المهر بخلاف غيره. والثانية ان كان المانع من الوطاء ودواعيه كالأحرام وصيام رمضان ففيه روايتان وان كان لا يمنع الدواهي كالخيض والجب والرتق استقر رواية واحدة وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول. والثالثة ان كانت الموانع بالزوج استقر الصداق رواية واحدة وان كانت بالزوجة فهل يستقر على روايتين وهي طريقة القاضي في خلافه ومن الاصحاب من حكى رواية أخرى أنه لا يستقر المهر بالنخوة لمجرد ما بدون الوطاء اخذا بما روى يعقوب من بختان عن احمد اذا خلا بها وقال لم أطأها وصدقته ان لها نصف الصداق وعاليها العدة وانكر الا كثرون هذه الرواية وحملوا رواية يعقوب هذه على وجه آخر وهو أن النخوة انما قررت المهر لانه مظنة الوطاء المقرر فقامت مقامه في التقرير لان حقيقة الوطاء لا يطلع عليه غالبا [فعاق الحكم على] مظنته فاذا تصادق الزوجان على انتفاء الحقيقة التي هي الوطاء لم يقبل ذلك في اسقاط العدة لأن فيها حقاً لله تعالى وهل يقبل في سقوط نصف المهر على روايتين نقل ابن بختان قبوله لانه حق محض للزوجة وقد أقرت بسقوطه ونقل الا كثرون عدم قبوله لملازمته للعدة وهذا يرجع الى أن الخلوة مقررة لمظنة الوطاء ومن الاصحاب من قال انما قررت الحصول التمكين بها وهي طريقة القاضي ورد بها ابن عقيل بأن النخوة مع الجب لا تدرك بها قال وانما قررت لأحد أمرين اما لاجتماع الصحابة وهو حجة أولان طلاقها بعد الخلوة بها ورد ما زهداً فيها ففيه ابتداءل وكسر لها فوجب جبره بالمهر وقيل بل المقرر هو استباحة ما لا يستباح الا بالنيكاح من المرأة فدخل في ذلك النخوة واللبس

بمجرد همالان ذلك كله معقود عليه في النكاح . والمهر يستقر بذيل بعض المعقود عليه لا يقف على نيل جميعه، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية حرب قيل له فإن أخذها وعندها نسوة فمسمها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يخلو بها قال اذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره فعليه المهر. وعلى هذا فقال الشيخ تقي الدين يتوجه أن يستقر المهر بالخاوة وإن منعه الوطء بخلاف ما ذكره ابن حامد والقاضي والأصحاب (المقرر الثالث) الموت قبل الدخول وقيل الفرقة وان طلقها في المرض ثم مات فيه فهل يستقر لها المهر على روايتين بناء على تهريبها منه وعدمه ، ويتقرر بأمر رابع وهو إذهاب عذرتها بدفعها على رواية خرجها صاحب المغني وقد سبقت.

(القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة)

فيما يتنصف به المهر قبل استقراره وما يسقط به الفرقة قبل الدخول . ان كانت من جهة الزوج وحده أو من جهة اجنبي وحده تنصف بها المهر المسمى وان كانت من جهة الزوجة وحدها يسقط بها المهر وان كانت من جهة الزوجين معاً أو من جهة الزوجة مع اجنبي ففي تنصف المهر وسقوطه روايتان فهذه خمسة أقسام

[القسم] الأول ما استقل به الزوج وله صور (منها) طلاقه وسواء كان منجزاً أو معلقاً بصفة وسواء كانت الصفة من فعلها أو لم تكن كذا ذكره الأصحاب قالوا لأن السبب كان منه وهو الطلاق وإنما حقيقته لوجود شرطه والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب وقال الشيخ تقي الدين ان كانت الصفة من فعلها الذي لها منه بد فملا مهر لها ويمكن تخريج ذلك من إحدى الروايتين في المريض إذا علق طلاق امرأته على ما لها منه بد ففعله فان في إرثها روايتين وبشر بذلك مسألة التخيير بأنه لو خيرها قبل الدخول فاختارت نفسها فهل يسقط مهرها أو يتنصف على روايتين حكاهما ابن أبي موسى والتخيير توكيل مخض والنعليق بفعلها في معناه والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا مهر للتخيير قال منها سألت أحمد عن رجل تزوج امرأة ثم طلبت منه الخيار فاختارت نفسها ولم يكن دخل بها لها عليه نصف الصداق قال في قلبي منها شيء ثم قال لا ينبغي أن يكون لها شيء قلت اني سألت غير واحد قال يكون لها عليه نصف الصداق . فقال لي فان اسلمت امرأة مجوسية وأبى زوجها أن يسلم بكون لها عليه صداقها قال في هذا يدخل عليهم انتهى (ومنها) خلعه ونص عليه أحمد في رواية منها أنه يوجب نصف المهر وعمله القاضي بأن الخلع يستقل به الزوج لأنه يصح مع الاجنبي بدون رضی المرأة فلذلك نسب اليه . وفيه وجد آخر أنه يسقط به

المهر فمن الأصحاب من خرجه على أنه فسخ فيكون كسائر الفسوخ من الزوج ومنهم من جمعه بما يشترك به الزوجان لأنه إنما يكون بسؤال المرأة فتكون الفرقة فيه من قبلها ولذلك يسقط أثرها بالخام في المرض وهذا على قولنا لا يصح مع الأجنبية أظهر . فاما ان وقع مع الأجنبية وصححناه فينبغي أن يتنصف به المهر ورجهاً واحداً ومنها اسلامه والزوجة غير كتابية في إحدى الروايتين وفي الأخرى يسقط المهر لأنه قبل الواجب عليه وإنما وقعت الفرقة بامتناعها من الاسلام فلا يكون لها مهر (ومنها) رده عن الاسلام (ومنها) اقراره بالنسب أو بالرضاع أو غير ذلك من المفسدات فيقبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف (ومنها) أن يظاً أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زناً فيفسخ نكاح البنت ويجب لها نصف الصداق نص عليه أحمد في رواية ابن هاني ويستثنى من هذا القسم الفسوخ التي يملكها الزوج لضرر ياحقه اما لظهور عيب في الزوجة أو فوات شرط فيسقط بها المهر لأن حكم الفسوخ في العقود لعيب ظهر في المعقود عليه يزداد العوضين من الجانبين وقد وجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه وإنما استحققت نصف المهر في الصداق وما كان في معناه جبراً لها حيث لم يكن له موجب من جهتها وهنا قد وجد سبب من جهتها فصار كالمنسوب اليها

القسم الثاني : ما استمل به الأجنبية وحده (ومن صور ذلك) أن ترضع زوجته الكبرى زوجته الصغرى (ومنها) أن يكره رجل زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدخول

القسم الثالث . ما استملت به الزوجة وحدها وله صور (منها) ردها (ومنها) اسلامها وفيه رواية أخرى أن لها نصف المهر لأنها فعلت الواجب عليها فنسب الفسخ الى امتناع الزوج (ومنها) ارضاعها ممن يثبت به المحرمية بينها وبين الزوج وكذلك ارضاعها منها وهي صغيرة (ومنها) فسخها النكاح لعيب الزوج قال الأصحاب هو منسوب اليها لا اليه فسقط المهر أيضاً لذلك وفرقوا بينهما بأن فسخه لغيرها رد للمعقود عليه بعيب فلا ينسب إلا إلى من دلس العيب بخلاف فسخها لغيره فإن العيب ليس في المعقود عليه بل في غيره فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين لضرر دخل فلذلك نسب الفعل اليها وهذا يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه في النكاح وفيه خلاف سبق ذكره والظاهر في الفرق أن يقال الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر انما شرعت لازالة ضرر حاصل فاذا وقعت قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين [على الآخر] إلى ما بذله سلباً كما خرج منه فلاحق له في غيره بخلاف الطلاق وما في معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر فانه يحصل به للمرأة انكسار وضرر فجزره الشارع باعطائها نصف المهر عند تسمية المهر

وبالمعنى عند فقد التسمية والله أعلم . ونقل مينا عن أحمد في مجرب تزوج امرأة فلما دخل عليها لم ترض به لها ذلك وعليه نصف الصداق اذا لم ترض به . قال الشيخ تقي الدين هذا يدل على أن المرأة اذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته وهي مذكورة في الفسخ وأما القاضي فقال قد وجد الدخول وإنما لم يقرر المهر كله للدائع القائم به (ومنها) فسوخا النكاح لا عسار الزوج بالمهر أو النفقة أو غير ذلك كالفسخ لفوات شرط صحيح قال القاضي والا كثرون هو منسوب اليها فيسقط به مهرها كما في الفسخ لعيب الزوج وقال أبو بكر في التنبيه فسوخا لفوات الشرط يجب لها به نصف الشرط لأن فوات الشرط من قبل الزوج فنسب الفسخ به اليه دونها وقياسه الفسخ بمنع النفقة ونحوها عما هو من فعل الزوج وهو قادر على ازالته ، وأما الفسخ لعسره فهو كالفسخ لعيبه كما تقدم قال الشيخ تقي الدين ويلزم من قال ان خروج البضع متقوم بمهر المثل وأن الفرقة من جهتها كالتلف البائع للبيع قبل القبض أن يخرج الزوج بين مطالبتها بمهر المثل وضمان المسمى لها وبين اسقاط المسمى (ومنها) فسوخا المعققة تحت عبد قبل الدخول وفيه روايتان احدهما لا مهر لها اختارها الخرق وغيره لاستملاها بالفسخ كالحرمة والثانية يتنصف المهر نقلها مينا واختارها أبو بكر لأن السيد هو مسحق المهر فلا يسقط بفسوخ غيره ويحجب عنه بان اعتاق السيد لسبب في الفسخ يسقط إحقه لتسبيه في سقوطه وان باشره غيره كن قل لغيره الق متاعى في البحر ففعل

القسم الرابع : ما اشترك فيه الزوجان وله صور (منها) لعانها فذكر أبو بكر أن فرقة اللعان جاءت من جهة الزوجة لأن الفرقة انما تقع بلعانها وقال القاضي يخرج على روايتين أصلاهما إذا لعانها في مرض موته فهل ترثه على روايتين (ومنها) أن يخالعا وقد سبق أن المنصوص عن أحمد أن لها نصف الصداق وهو قول القاضي واصحابه ولأن لنا فيه وجه آخر أنه يسقط المهر كله إذا قلنا هو فسخ فانه يكون منسوبا اليهما فيكون كالتلاع بخلاف ما اذا قلنا انه طلاق فان الطلاق يستعمل به الزوج فهو كالو قل لها ابتداء أنت طالق بألف فقبالة ويخرج لنا وجه آخر أنه يسقط به المهر وان قلنا هو طلاق بناء على أنه جاء من قبها بسؤالها ولهذا كان لنا فيه من خالعت زوجها في مرضه هل ترثه أولا روايتان . وجزم ان أبي موسى أنها لا ترثه لأن الفرقة جاءت من قبها فلا يكون لها شيء من الصداق حيثئذ يؤيد هذا أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها في إحدى الروايتين من أحمد ونصف المهر من الحقوق فيسقط على هذه الرواية

القسم الخامس : ما كان من جهة الزوجة مع أجنبي وله صور (منها) شراؤها للزوج وفيه وجهان

اشهرهما وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه أنه يتنصف بها المهر تغليبا لجهة الأجنبية هنا وهو
البائع إذ هو أصل العقد ومنه نشأ وعنه تلقى والثاني يسقط المهر تغليبا لجهة الزوجة إذ الانفساخ متعقب
لقبولها فاما شراء الزوج لزوجته فهل يتنصف به المهر أو يسقط على وجهين أيضاً واختار أبو بكر أنه
يسقط تغليبا لجهة البائع هنا أيضاً وهو سيد الأمة المستحق لمهرها فهو كجاء الفسخ من الحرية المستحقة
للمهر وهذا متجه على ما اختاره في فسخ المعتقة تحت عبد فعلى هذا لو باعها السيد الذي زوجها الأجنبي
ثم باعها الأجنبي للزوج قبل الدخول لم يسقط لأن الفرقة جاءت من البائع الثاني وهو غير مستحق
للمهر هذا كلام صاحب المحرر وعلل صاحب الكافي سقوط المهر بأن الزوجة شاركتة في الفسخ
فسقط مهرها كالفسخ بعيب ومعنى هذا أن كونها أمة صفة لها ثابتة بعد ملك الزوج وذلك يوجب
الفسخ فاسند إليه وان لم يكن باختيارها كما استند فسخها لعيب الزوج إليه وان لم يكن باختياره وعلى
هذا فلا فرق بين شرائها من مستحق مهرها وغيره وهو مقتضى إطلاق الاكثرين (ومنها) اذا
مكنت الزوجة من نفسها من يفسخ النكاح بوطئه كآب الزوج أو ابنه فقال القاضي ومن اتبعه
يسقط مهرها اسناداً للفسخ اليها وقال الشيخ تقي الدين يتخرج على وجهين لأن الفرقة منها ومن الأجنبي
وبقى هنا قسم سادس : وهي الفرقة الاجبارية ولها صور (منا) أن يسلم الكافر وتحت عدد
لا يجوز له جمعه في الاسلام فيفسخ نكاح العدد الزائد فلا يجب لمن شيء من المهر ذكره القاضي
في الجامع والخلاف معلل بأنه ممنوع من امساكن فهو كالنكاح الفاسد وجزم به صاحب المغنى
والمحرر ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب تنصف المهر من المسألة التي بعدها. وأما الطلاق في النكاح
الفاسد فذكر ابن عقيل وجها أن المهر يتنصف به قبل الدخول وعلى المشهور فانما يسقط لأن المهر
يجب في النكاح الفاسد بالاصابة لا بالعقد بخلاف الصحيح (ومنها) إذا تزوج اختين في عقدتين
وأشكك السابق وأمرناه بالطلاق فطلقها فقال أبو بكر يتوجه في المهر قولان. أحدهما يجب نصف
المهر ثم يقتصران فمن وقعت عليها القرعة حكم لها به لأنه واجب على لاحدهما في نفس الامر فتعين
بالقرعة. والثاني لا يجب شيء به لأنه مكره على الطلاق فكان الفسخ جاء من جهة المرأة فلا تستحق شيئا
والمنقول عن أحد في هذه المسألة ما نقله عنه منها أنه قال يفرق بينهما وقد قيل يكون [نصف] المهر لهما
جميعاً وما أخلفه أن يكون كذلك ولكن لم أسمع فيه شيئا وهذا يدل على أهمهما يقتسمان نصف المهر
لا يقتصران عليه . ولو زوج الوليان امرأة من زوجين وجعل السابق منهما وأمرناهما بالطلاق فهل
يجب لهما نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة أم لا يجب لهما شيء على وجهين وحكى عن أبي بكر
أنه اختار أنه لا شيء لهما وبه أفتى أبو يعلى النجاد قال الشيخ تقي الدين ويتخرج على هذا الخلاف

ما اذا ورثت المرأة زوجها فان الفرقة ههنا بفعل الله عز وجل فهو كاشتباه الزوج .

(القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة)

اذا تغير حال المرأة [المعتدة] بانتقالها من رق الى حرية أو طراً عليها سبب موجب لعدة أخرى من الزوج كوفاته فهل يلزمها الانتقال الى عدة الوفاة أو الى عدة حرة . ان كان زوجها متمكناً من تلافي نكاحها في العدة لزمها الانتقال والا فلا الا ما يستثنى من ذلك من الا بانه في المريض . ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) الرجعية اذا عتقت أو توفي زوجها انتقلت الى عدة حرة أو عدة وفاة (ومنها) اذا كانت تحت عبد مشرك امام فاسلمن واعتقن فان عدتهن عدة حرائر لانه عتق في عدة يتمكن الزوج فيها من الاستدراك بالاسلام فهي في معنى عدة الرجعية بخلاف ما اذا أسلم العبد ثم عتق الاماء وهن على على الشرك فان عدتهن عدة امام لان الزوج لا يمكنه تلافي نكاحهن (ومنها) المرتد اذا قتل في عدة امرأته فانها تستأنف عدة الوفاة نص عليه في رواية ابن منصور لانه كان يمكنه تلافي النكاح بالاسلام بناء على أن النسخ يقف على انقضاء العدة (ومنها) لو أسلمت المرأة وهي تحت كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فانها تنتقل الى عدة الوفاة في قياس التي قبلها ذكره الشيخ تقي الدين

(القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة)

اذا تعارض معنا أصلان عمل بالارجح منهما لاعتضاده بما يرجحه ، فان تساوى اخرج في المسألة وجهان غالباً (ومن صور ذلك) ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه القلتين فهل يحكم بنجاسته أو طهارته على وجهين . احدهما يحكم بنجاسته وهو المرجح عند صاحب المغنى والمحزر لان الأصل عدم بلوغه قلتين . والثاني هو طاهر وهو أظهر لان الأصل في الماء الطهارة وأما أن أصله القلة فقد لا يكون كذلك كما اذا كان كثيراً ثم نقص وشك في قدر الباقي منه ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء فلا يعدل الى التيمم الا بعد تيقن عدمه ، وأيضاً فلا صحاب خلاف في الماء الذي وقعت فيه النجاسة هل الأصل فيه أن ينجس الا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس [لمشقة حفظ الكثير من النجاسة أم الأصل فيه الطهارة الا أن يكون يسيراً فينجس] لان اليسير لا يكاد يحمل النجاسة عليه غالباً فعلى الأول يجب الحكم بنجاسة هذا الماء وعلى الثاني يحكم بطهارته وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف في اثبات نصف القرية الذي روى

الشك فيه في ضبط القلتين واسقاطه ، وينبنى على ذلك أن القاتين هل هما خمس قرب أو أربع والله أعلم (ومنها) ما اذا وقع في الماء اليسير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره ، أو مات فيه حيوان وشك هل هو ذو نفس مائلة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل في الأرواث والميتات النجاسة وحيث قضى بطهارة شيء منها فرخصة دلي خلاف الأصل ولم يتحقق وجود المرخص هاهنا فيبقى على الأصل . والثاني أنه ظاهر وهو المرجح عند الأكثرين لأن الأصل في الماء الطهارة فلا يزال عنها بالشك وقد منع بعضهم أن الأصل في الأرواث النجاسة ونص أحمد في رواية محمد بن أبي حرب في رجل وطئ على روث لا يدري لخم أو برذون فرخص فيه إذا لم يعرفه (ومنها) إذا قعد الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة ففيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل بقاء الرطوبة نقلها أبو بكر عن أحمد . والثاني لا ينجس لأن الأصل طهارة الثوب (ومنها) إذا أدرك الإمام في الركوع فكبر وركع معه وشك هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده فالمذهب أنه لا يعتد له بتلك الركعة لأن الأصل عدم الإدراك وهو منقول عن ابن عمر رضي الله عنهما وقال صاحب التلخيص يحتمل وجهين أحدهما أنه يعتد له بها لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع (ومنها) إذا شك هل ترك واجباً في الصلاة فهل يلزمه السجود على وجهين أحدهما يلزمه لأن الأصل عدم الاتيان به . والثاني لأن الأصل عدم لزوم السجود (ومنها) إذا كان ماله غائباً فإن كان منة طعماً خيراً لم يجب إخراج الزكاة وإن لم يكن خيراً منة طعماً كما ودع ونحوه ففي وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان والمنصوص عن أحمد في رواية مهنا أنه لا يجب وعلى بأنه لا يدري لعل المال ذهب . وينبنى بعض الأصحاب هذا دلي الخلاف في محل الزكاة فإن قلنا في العين لم يجب الإخراج - حتى يذهبها ويتكهن من الإخراج منها وإن قلنا في الذمة وجب الإخراج من غيرها . ويتوجه عندي أن يخرج في وجوب الزكاة في المال المنقطع خبره وجهان بناء على محل التعليق فإن قلنا هو العين وجب لأن الأصل بقاؤها لكن لا يلزم إخراج الزكاة حتى يقبض كالدين وإن قلنا هو لذة لم يجب لأن الأصل براءة الذمة وقد شك في اشتغالها وأما إن قلنا لا تجب الزكاة في المال الضال والمنصوب فهذا مثله (ومنها) العبد الآق المنقطع خبره هل تجب فطرته أم لا ؟ المنصوص عن أحمد في رواية صالح أنه لا تجب لأن الأصل براءة الذمة والفطرة في الذمة ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب بناء دلي جواز عتقه لأن الأصل بقاؤه (ومنها) جواز عتقه في الكفارة والمشهور عدده . وذكر أبو الخطاب احتمالاً بالأجزاء لأن الأصل بقاؤه

وذكر ابن أبي موسى في شرح الخرق وجهين عن الأصحاب وصحح عدم الاجزاء لأن الأصل بقاء الكفارة في الذمة وقد عضده الظاهر الدال على هلاك العبد من انتطاع خبره فرجع هذا الأصل باعتضاده بهذا الظاهر، وأيضاً فالكفارة ثابتة في الذمة وقد شك في وقوع العتق عنها فلا يسقط بمجرد ذلك (ومنها) إذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا هل حدث عند المشتري أو عند البائع ففيه روايتان أحدهما القول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتميز . والثانية القول قول المشتري لأن الأصل عدم القبض المبرى، وأطلقا كثر الأصحاب هذا الخلاف وفرق بعضهم بين أن يكون المبيع عيناً معينة أو في الذمة فإن كان في الذمة فالقول قول القابض وجهها واحد لأن الأصل اشتغال ذمة البائع فلم تثبت براءتها (ومنها) من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة وأنكر المستحق فهل يقبل قوله في دعوى العيب لأنه غارم والأصل إبراء ذمته أو قول خصمه في إنكار العيب لأن الأصل عدمه على وجهين (ومنها) إذا أجره عبداً وسلبه إليه ثم ادعى المستأجر أن العبد أبق من يده وأنكر المؤجر ففيه روايتان، أحدهما القول قول المؤجر نقلها حنبل لأن الأصل عدم الإبقاء وأن المؤجر ملك الأجرة كلها بالعقد . والثانية القول قول المستأجر نقلها ابن منصور لأن الأصل عدم تسليم المنفعة المعقود عليها ولو ادعى أن العبد مرض فالقول قول المؤجر نص عليه في رواية ابن منصور مفرقا بينه وبين الإبقاء لأن المرض يمكن إقامة البينة عليه بخلاف الإبقاء (ومنها) إذا ضرب للعين الأجل واختلفا في الإصابة والمرأة ثيب فهل القول قول الزوجة لأن الأصل عدم الوطء أو قول الزوج لأن الأصل عدم ثبوت الفسخ على روايتين . وعنه رواية ثالثة أنه يخلى ممها ويؤمر باخراج مائه وهذا يرجع إلى ترجيح الظاهر على الأصل (ومنها) إذا شك الزوجان بعد الدخول فقال الزوج أسلمت في عدتك فالتكاح باق فقالت بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فوجهان . أحدهما أن القول قوله لأن الأصل بقاء النكاح . والثاني أن القول قولها لأن الأصل عدم إسلامه في العدة (ومنها) إذا قال أسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت بل أسلمت قبلك فلي النفقة ففيه أيضاً وجهان أحدهما القول قولها لأن الأصل وجوب النفقة والثاني والقول قوله لأن النفقة أنها تجب بالتمكين من الاستمتاع والأصل عدم وجوده كذا ذكر صاحب الكافي، وعلى القاضي أن النفقة تجب يوماً فيوماً فالأصل عدم وجوبها وينتقض التعليان بالاختلاف في النشوز (ومنها) إذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده فهل يقع الطلاق على وجهين أحدهما لا يقع وهو المذهب عند صاحب المحرر لأن الأصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق . والثاني يقع ونقل منها عن أحمد ما يدل عليه فيمن حلف لبأ كل ثمرة فاختلفت في ثمر كثير أن لم يأكله كله حنك وبذلك جزم ابن أبي

موسى والشيرازى والسامري ورجحه ابن عقيل فى فتونه لان الاصل وجود شرط الطلاق وهو
العدم [وهذا بخلاف ما اذا استمر الشك ولم يوجد ما يدل على بقاء العدم ولا على انتفائه
فان وجد ما يدل على بقاءه يقينا وقع الطلاق بغير خلاف وإن وجد ما يدل على بقاءه ظاهرا وكان
حجة شرعية يجب قبولها فكذلك وإن كان امارة محزنة وقع أيضا على المشهور ، وإن وجد ما يدل
على انتفاء العدم يقينا لم يقع الطلاق بغير خلاف وإن وجد ما يدل على انتفائه ظاهرا فوجهان على
قولنا بوقوع الطلاق مع استمرار الشك المساوى [المطلق عليه (ومنها) لو قتل من لا يعرف ثم
ادعى رقه او كفره وانكر الولي ذلك فهل يقبل قوله لان الاصل عصمة دمه او قول الولي لان
الاصل فى القتل ايجاب القصاص إلا أن يمنع مانع ولم يتحقق وجود المانع على وجهين اشهرهما
الثانى وحكى الاول عن ابى بكر وكذا الخلاف فيما اذا جنى على عضو ثم ادعى شلله فانكر المجنى عليه
لكن المحكى ما هنا عن ابى بكر ان القول قول المنكر وكذلك الوجهان فيما اذا قد ملفوفا نصفين ثم
ادعى انه كان ميتا فانكر الولي لان الاصل عصمة الدم والاصل حياة المقدود وكذا الوجهان لو
جنى على بطن حامل فالقت ولدا لوقت يعيش المولود فى مثله واختلفا فى حياته عند الوضع
لتعارض اصل الحياة وبراءة الذمة وكذا الوجهان لو زاد فى القصاص من الجرح وقال انما حصلت
الزيادة باضطراب المقتصر منه وانكر ذلك لان الاصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان والاصل
براءة ذمته وما يدعيه محتمل (ومنها) لو شهدت بينة بالنكاح وقد ثبت الطلاق فهل يجب به جميع المهر
أو نصفه فقط على وجهين أحدهما يجب المهر كله لانه وجب بالعقد ولم يثبت له سقط ولا لبعضه
وهو مقتضى كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر . والثانى يجب نصف المهر فقط لأن النصف الآخر
لا يستقر إلا بالدخول ولم يتحقق والاصل عدمه وهو قول القاضى وقال صاحب المغنى ان أنكر
الزوج الدخول فالقول قوله فى نصف المهر والا فالقول قولها فى وجوبه كله (ومنها) اذا رعى
صيда بفجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتا ولا أثر به غير سهمه أو جرحه جرحا موحيا ثم سقط فى
ماء ونحوه فهل يباح على روايتين لأن الاصل عدم مشاركة سبب آخر فى قتله والاصل تحريم
الحيوان حتى يتيقن سبب اباحته لكن الاصل الاول معتضد بأن الظاهر موته بهذا السبب دون
غيره (ومنها) اذا جاء بعض العسكر بمشرك فادعى المشرك أن المسلم أمنه وأنكر ففيه روايتان
احدهما القول قول المسلم فى انكار الامان لأن الاصل عدم الامان . والثانية القول قول المشرك
لأن الاصل فى الدماء الحظر الا ييقن الاباحة وقد وقع الشك هنا فيها وفيه رواية ثالثة أن القول
قول من يدل الحال على صدقه منهما ترجيحاً لاحد الاصلين بالظاهر الموافق له وقريب من هذه

المسألة إذا دخل حربي دار الاسلام وادعى أن بعض المسلمين عقده أمانا فهل يقبل قوله على وجهين ذكرهما صاحب المغنى ونص احمد أنه إذا ادعى أنه جاء مستأمننا فان كان معه سلاح لم يقبل منه والا قبل فيخرجها هنا مثله .

(القاعدة التاسعة والخسون بعد المائة)

إذا تعارض الاصل والظاهر فان كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا كالشهادة والرواية والاخبار فهو مقدم على الاصل بغير خلاف وان لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك فتارة يعمل بالاصل ولا يلتفت الى الظاهر وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت الى الاصل وتارة يخرج في المسألة خلاف ، فهذه أربعة أقسام .
القسم الاول : ما ترك العمل فيه بالاصل للحجة الشرعية وهي قول من يجب العمل بقوله وله صور كثيرة جدا :

(منها) شهادة عدلين يشغل ذمة المدعى عليه (ومنها) شهادة عدلين يبرأة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه (ومنها) اخبار الثقة العدل بان كذا ولغ في هذا الاثناء (ومنها) اخباره بدخول وقت الصلاة (ومنها) شهادة الواحد العدل بروية هلال رمضان فانه مقبول على ظاهر المذهب ، وفيه رواية أخرى لا بد من شهادة عدلين كسائر الشهود وفرق ابو بكر بين أن يراه في المصر فلا يقبل وبين أن يراه خارج المصر فيقدم المصر فيقبل خبره (ومنها) اخبار الثقة بطاوع الفجر في رمضان فانه يحرم الطعام والشراب والجماع (ومنها) اخباره بغروب الشمس في رمضان فانه يبيح الفطر صرح به الاصحاب ولم يجعلوه كالشهادة على هلال شوال والفرق بينهما من وجهين . احدهما أن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب فاذا ثبت دخول وقت الصلاة باخبار الثقة ثبت دخول وقت الافطار تبعاً له وقد ثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً بخلاف الشهادة بهلال شوال والثاني أن اخبار الثقة هنا يقارنه امارات تشهد بصدقه لأن وقت الغروب يتميز بنفسه وعليه امارات تورث غلبة الظن فاذا انضم اليها اخبار الثقة قوى الظن وربما افاد العلم بخلاف هلال الفطر فانه لا اماره عليه وفي صحيح ابن حبان من حديث سهل بن سعد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان صائماً أمر رجلاً فأوفى على شيء فاذا قال قد غابت الشمس افطر ، وصح عن ابن عباس أنه كان يضع طعامه عند الفطر في رمضان ويبحث مرتقباً يرقب الشمس فاذا قال قد وجبت قال كلوا (ومن ذلك) قبوله قول الامناء ونحوهم

من يقبل قوله في تلف مال أو ثمن عليه من مال أو غيره (ومنه ايضاً) قبول قوله المعتدة في انقضاء عدتها بالاقراء ولو في شهر في أحد الوجهين والمنصوص أنه لا يقبل الا بالبينة في الشهر ، وفرق صاحب الترغيب بين من لها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها الا ببينة بخلاف من لاعادة لها وفي الفنون لابن عقيل لا يقبل مع فساد النساء الا ببينة تشهد أن هذه عادتها أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثاً

القسم الثاني ما عمل بالأصل ولم يلتفت الى القرائن الظاهرة ونحوها ، وله صور كثيرة ، (منها) اذا ادعت الزوجة بعد طول متامها مع الزوج انه لم توصاها النفقة الواجبة ولا الكسوة فقال الأصحاب القول قولها مع يمينها لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً واختار الشيخ تقي الدين الرجوع الى العادة وخرجه وجهاً من المسائل المختلف فيها كما سيأتي ذكرها ان شاء الله تعالى قال واذا وجد معها نظير الصداق أو الكسوة ولم يعلم لها سبب يملك ذلك به من غير الزوج فينبغي أن يخرج على وجهين كما اذا اصدقها تعليم سورة ثم وجدت متعلمة لها بعد مدة وقالت لم يعلمني الزوج وادعى هو أنه علمها فان في المسئلة وجهين (ومنها) اذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن وشك في زوالها فانه يبني على الأصل الى أن يتيقن زواله ولا يكتفى في ذلك بغلبة الظن ولا غيره وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالها فانه يبني على الأصل وكذلك في النكاح والطلاق وغيرهما (ومنها) اذا شك في طلوع الفجر في رمضان فانه يباح له الاكل حتى يتيقن طلوعه نص عليه احمد ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً الى اخبار ثقة بالطلوع (ومنها) اذا زنى من له زوجة وولد فانكر أن يكون وطئ زوجته قال اصحابنا لا يرجع لان الأصل عدم الوطء ولحق النسب يثبت بمجرد الامكان ووجود القرائن .

القسم الثالث : ما عمل فيه بالظاهر ولم يلتفت الى الأصل وله صور (منها) اذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها فانه لا يلتفت الى الشك وان كان الأصل عدم الاتيان به وعدم راءة الذمة لكن الظاهر من افعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال فيرجح هذا الظاهر على الأصل ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن احمد وفي الوضوء وجه أن الشك في ترك بعضه بعد الفراغ كالشك في ذلك قبل الفراغ لأن حكمه باق بعد الفراغ منه بخلاف الصلاة وغيرها (ومنها) لو صلى ثم رأى عليه نجاسة وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة وان كان الأصل عدم انعقاد الصلاة

وبقاؤها في الذمة حتى يتيقن صحتها لكن حكم بالصحة لأن الظاهر صحة أعمال المكلف وجريانها على الكمال وعضد ذلك أن الأصل عدم مقارنة الصلاة للنجاسة وترجع المسألة حينئذ إلى تعارض أصليين رجح أحدهما بظاهر عضده (ومنها) إذا اختلف الجنسان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد كما إذا ادعى البائع أنه كان صيباً أو غير مأذون له أو غير ذلك وأنكر المشتري فالقول قول المشتري على المذهب ونصر عليه أحمد في صورة دعوى الصغير في رواية ابن منصور لأن الظاهر وقوع العقود على وجه الصحة دون الفساد وإن كان الأصل عدم البلوغ والأذن . وذكر الأصحاب وجهاً آخر في دعوى الصغير أنه يقبل لأنه لم يثبت تكليفه والأصل عدمه بخلاف دعوى عدم الأذن من مكلف فإن المكلف لا يتعاطى في الظاهر إلا الصحيح . قال الشيخ تقي الدين وهكذا يجيء في الإقرار وسائر التصرفات إذا اختلف أهل وقعت بعد البلوغ أو قبله لأن الأصل في العقود الصحة فاما أن يقال هذا عام وأما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف كان مشكوكاً فيه غير محكوم ببلوغه أو لا يتيقن فاما مع تيقن الشك قد تيقنا صدور التصرف من لم تثبت أهليته والأصل عدمها فقد شككنا في شرط الصحة وذلك مانع من الصحة وأما في الحالة الأخرى فإنه يجوز صدوره في حال الأهلية وحال عدمها والظاهر صدوره وقت الأهلية والأصل عدمه قبل وقتها فالأهلية هنا متيقن وجودها ثم ذكر أن من لم يقر بالبلوغ حتى يتعلق به حق مثل مثل إسلامه بإسلام أبيه أو ثبوت الذمة له تبعاً لأبيه أو بعد تصرف الولي له أو تزويج ولي أبعد منه لموأنته فهل يقبل منه دعوى البلوغ حينئذ أم لا لثبوت هذه الأحكام المتعلقة به في الظاهر قبل دعواه وأشار إلى تخريج المسألة على الوجهين فيما إذا ارتجع الرجعية زوجها فقالت قد انقضت عدتي وشبهه أيضاً بما إذا ادعى المجهول المحكوم بإسلامه ظاهراً كاللقيط المقر بعد البلوغ فإنه لا تسمع منه على الصحيح وكذا لو تصرف المحكوم بحريته ظاهراً كاللقيط ثم ادعى الرق فقي قبوله خلاف معروف (ومنها) إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة فإنه تصح صلاته ولا يشترط أن يتيقن دخوله في ظاهر المذهب وحكى عن ابن - أمد أن يعتبر اثنتين (ومنها) الفطار في الصيام يجوز بغلبة ظن غروب الشمس في ظاهر المذهب ، ومن الأصحاب من قال لا يجوز الفطار إلا مع تيقن الغروب وبه جزم صاحب التلخيص والاول أصح لأن الوقت عليه إمارات تعرف بها فاكفى فيها بالظن الغالب بخلاف ما لا إماره عليه من اتمام الصلاة والطهارة والحديث ونحوها وأيضاً فالصلاة والطهارة ونحوهما كل منهما عبادة فعالية مطلوبة الوجود إذا شك في فعل شيء منها فالأصل عدمه فلا يخرج من عهده الا ييقن والصوم عبادة وكف عن محظورات خاصة

فمتى لم يتيقن وقوع محظوراتها في وقتها لم يحكم بطلانها وإنما منع من الخروج منها بمجرد الشك المساوي لأن الأصل بقاء الصوم ولم يترجح ظن يعارضه فإذا ترجح الظن عمل به ولم يحكم بطلانه بوقوع محظوراته حيثئذ لا سيما وفعل محظوراته مع ترجيح ظن انقضائه مطلوب شرعا على الأظهر ولهذا جاز الأكل أو استحب مع ظن طلوع الفجر حتى يتيقن طلوعه كما سبق والفرق بينه وبين وقت الصلاة من وجهين . أحدهما أن الصلاة يجوز فعلها مع غلبة ظن دخول وقتها ولا يجب وكذلك الصيام يجوز الإمساك بنية الصوم مع غلبة ظن طلوع الفجر ولا يجب فهما سواء . والثاني أن الصلاة عبادة فعلية لا تستغرق مجوع وقتها بل تفعل في جزء منه فإذا فعلت في زمن يغلب على الظن أنه من وقتها كفى والصوم عبادة تستغرق زمنها وهي من باب الكف والترك لا من باب الأعمال فيكفى اشتراط الكف عن محظوراتها في زمانها المحقق دون المشكوك فيه ولا يبطل بفعل شيء من محظوراتها في زمن لا يتحقق أنه وقت الصيام إلا أن يكون الأصل بقاء وقت الصيام ولم يغلب على الظن خروجه فلا يباح حيثئذ الإقدام على الإفطار ولا تبرأ الزمة بمجرد ذلك وهذا كما قلنا فيمن صلى ثم رأى عليه نجاسة يمكن أنها لحقته بعد الصلاة سواء (ومنها) أن المستحاضة المعتادة ترجع إلى عاداتها وإن لم تكن لها عادة فإلى تمييزها وإن لم يكن لها عادة وتميز رجعت إلى غالب عادات النساء وهي ست أو سبع على الصحيح لأن الظاهر مساواتها لهن وإن كان الأصل عدم فراغ حيضها حيثئذ (ومنها) امرأة المفقود تزوج بعد انتظار أربع سنين ويقسم ماله حيثئذ لأن الظاهر موته وإن كان الأصل بقاءه لكن هل يثبت له أحكام المردوم من حين فقده أولا يثبت الأمن حين اباحه أزواجه وقسمة ماله على وجهين ينبغي عليهما لو مات له في مدة انتظاره من يرثه فهل يحكم بتوريثه منه أم لا . ونص أحمد على أنه يزكي ماله بعد مدة انتظاره معللا بأنه مات وعليه زكاة وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى إلا بعد المدة وهو الأظهر ويلتحق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظاره تعتد للوفاة ثم تباح للزواج فهل يجب لها النفقة من ماله في مدة العد كما في مدة الانتظار أم لا على وجهين . أحدهما لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الاقناع وقال أبو البركات في الشرح هو قياس المذهب عندي . لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة . والثاني يجب لها النفقة قاله القاضي لأن النفقة لا تسقط إلا بيقين الموت ولم توجد هنا وكذا ذكر صاحب المغني وزاد أن نفقة زوجها لا تسقط بعد العدة أيضا لأنها باقية على نكاحه ما لم تزوج أو يفرق الحاكم بينهما (ومنها) أن النوم المثلث ينقض الوضوء لأنه مظنة خروج الحدث وإن كان الأصل عدم بخروجه وبقاء الطهارة . وحكى ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجها آخر أن النوم

نفسه حدث لكن يعفى عن يسيره كالدّم ونحوه (ومنها) إذا زنا من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين وادعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله لأن الظاهر يكذبه وإن كان الأصل عدم علمه بذلك (ومثله) إذا ادعت المعتقة تحت عبد الجهل بالعتق أو بثبوت الخيار ومثابها لا يجمل ذلك فانه لا يقبل قولها (ومنها) إذا زوج المولى امرأة يعتبر اذنها لصحة العقد، ثم أنكرت الاذن فان كان بعد الدخول لم يقبل قولها لأن تمكينها يكذبها. وإن كان قبله فان كان اذنها السكوت وادعت أن سكوتها كان حياء لارضائها لم يقبل قولها نص عليه أحمد في رواية الاثرم، لأن السكوت في حكم الشارع اقرار به ورضا فلا يسمع دعوى خلافه. وإن ادعت أنها ردت أو كان اذنها النطق فانكرته فقال القاضى القول قولها لأن الأصل معها ولم يوجد ظاهر يخالفه (ومنها) لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم اختلفا. فقالت المرأة هما نكحان ولى المهران وقال الزوج بل نكاح واحد تكرر عقده فالقول قول الزوجة لأن الظاهر معها، وكذا لو شهدت بينة أنه باعه هذا الثوب في يوم كذا بثمان وشهدت بينة أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بثمان. فقال المشتري هو عقد واحد كررناه وقال البائع بل هو عقدان فالقول قول البائع لأن الظاهر معه ذكره أبو بكر والقاضى والأصحاب. وقال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يكون القول قوله لأن الأصل عدم الفرقة بينهما والأصل براءته من المهر الثاني.

القسم الرابع: ما خرج فيه خلاف في ترجيح الظاهر على الأصل وبالعكس ويكون ذلك غالباً عند تقاوم الظاهر والأصل تساويهما، وله صور كثيرة:

(منها) إذا سخن الماء بنجاسة وغلب على الظن وصول الدخان اليه ففى كراهته وجهاً. أشهرهما أنه يكره (ومنها) لو ادخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء. وشك هل ولغ فيه أم لا وكان فيه رطباً فهل يحكم بنجاسة الماء لأن الظاهر ولو غرغ أم بطارته لأنها الأصل على وجهين ذكرهما، لا زجى (ومنها) إذا وقع في ماء يدبر ما لا نفس له سائلة وشك هل هو متولد من النجاسة أم لا، وكان هناك بئر وحش وان كان إلى البئر أقرب أو هو بينهما بالسوية فهو طاهر، وإن كان إلى الحش أقرب فوجهاً. أحدهما أنه نجس والآخر أنه طاهر ما لم يعاين خروجه من الحش نقل ذلك صاحب المبهم عن شيخه ابن تيميم (ومنها) طين الشوارع وفيه روايتان. أحدهما أنه طاهر ونص أحمد عليه في مواضع وجعله أبو البركات في شرحه المذهب ترجيحاً للأصل وهو الطهارة في الأعيان كاملاً. والثانية أنه نجس ترجيحاً للظاهر وجعله صاحب التلخيص المذهب حتى حكى عن ظاهر كلام الأصحاب أنه لا (٤٤ - قواعد)

يعفى عن يسيره وابدى احتمالاً بالعفو عنه لمشقة الاحتراز وحكى عن ابن عقيل العفو عن يسيره إلا ما تحقق نجاسته من الأرض فلا يعفى عنه ، وذكر صاحب المبهم عن ابن تميم أنه قال إذا كان الشتاء ولم يتعين موضع النجاسة ففى نجاسة الأرض روايتان فإذا جاء الصيف حكم بطهارتها رواية واحدة وللمسألة أصول تذبذب عليها . أحدها ما ذكرنا من تعارض الأصل والظاهر . والثاني طهارة الأرض وغسلاتها بماء المطر وغيره إذا لم يبق للنجاسة أثر سواء كانت النجاسة التى على الأرض أثراً أو عينا على الصحيح من المذهب والثاني بالاستحالة وفى المذهب خلاف يبنى عليه طهارة الطين إذا بقيت (١) فيه عين النجاسة ثم استهلكته فيه حتى ذهب أثرها . والثالث طهارة الأرض بالجفاف والشمس والريح وقد توقف فيه أحمد وذهب كثير من الأصحاب الى عدم طهارتها بذلك وخالفهم صاحب المحرر فى شرح الهداية . ويبنى على ذلك طهارة الأرض مع مشاهدة النجاسات فيها وإن لم يصبها الماء والله أعلم (ومنها) المقبرة المشكوك فى نبشها إذا تقدم عهدها هل يحكم بنجاستها لأن الظاهر نبشها أو بطهارتها لأن الأصل عدمه على وجهين (ومنها) ثياب الكفار وأوانهم وفيها ثلاث روايات عن أحمد . أحدها الإباحة ترجيحاً للأصل وهو الطهارة . والثانية الكراهية لخشية أصاب النجاسة لها اذ هو الظاهر . والثالثة أن قوى الظاهر جداً لم يحز استعمالها بدون غسل ويتفرع على هذه الرواية روايتان . أحدهما أنه يمنع من استعمال ماولى عوراتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منها . والثانية يمنع من استعمال الاواني والثياب مطلقاً ممن يحكم بازديحته ميتة كالمشركين والمجوس دون غيرهم وقال الخرفى فى شرحه وابن أبى موسى لا يجوز استعمال قدور النصارى لاستحلالهم التحذير وزاد الخرفى ولا اواني طيخهم دون اوعية الماء ونحوها مما يبعد اصابته بالنجاسة وزاد ابن أبى موسى المنع من استعمال ثياب من لا تحمل ذيحته كالمجوس مطلقاً وما سفل من ثياب أهل الكتاب ولصق بأبدانهم حتى تغسل (ومنها) ثياب الصبيان ومن لا يتحرز من النجاسة وفيه ثلاثة اوجه الكراهة وعدمها والمنع حتى تغسل وهو اختيار ابن أبى موسى (ومنها) إذا شك المصلى فى عدد الركعات وفيه ثلاث روايات عن أحمد رحمه الله ورضى عنه . أحدها انه يبنى على الأقل وهو المتيقن لان الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها . والثانية يبنى على غالب ظنه للحديث الوارد فى ذلك . والثالثة إن قوى الظن باقرار غيره له عليه ببنى على غالب ظنه وهو الامام اذا اقره المأمومون وإن كان منفرد

بنى على اليقين وهي المشهورة في المذهب . فاما ان سبغ له اثنان من المأمومين فانه يرجع اليهما ما لم يتيقن صواب نفسه على الروايات كلها . وقال ابن عقيل انما يرجع اليهما اذا قلنا يبنى على غالب ظنه لأن تنبيههما انما يفيد غلبة الظن والاول أصح لأن الرجوع الى قولهما رجوع الى بينة شرعية فيترك الأصل لأجلها كسائر البينات الشرعية بخلاف غلبة الظن المجردة اذا جوزنا له العمل بالظن الغالب فانه يجوز له ترك العمل باليقين صرح به القاضي في كتاب أحكام القرآن وغيره . ولو شهد اثنان من المأمومين على الامام انه أحدث في صلاته وأنكره وبقية المأمومين أعادوا الصلاة كلهم نص عليه في رواية منها واحتج بخبر ذي الدين (ومنها) اذا شك في عدد الطواف وفيه روايتان إحداهما يرجع الى الأصل وهو المتيقن . والثاني يرجع الى غالب ظنه كالصلاة فان أخبره اثنان بما طاف فهل يرجع الى قولهما على وجهين والمنصوص انه يرجع اليهما وكذا الوجهان لو أخبر المصلي من ليس معه في الصلاة هل يرجع اليهما أم لا . وفي المغني يرجع الطائف الى خبر الثقة الواحد العدل لأنه خبر ديني فلا يشترط فيه التعدد وانما اشترطنا العدد في الصلاة لخبر ذي الدين فبقى ما عداها على الأصل (ومنها) لو وجد في دار الاسلام ميت مجهول الدين فان لم يكن عليه علامة الاسلام ولا الكفر أو تعارض فيه علامة الاسلام والكفر صلى عليه نص عليه فان كان عليه الكفر خاصة فمن الأصحاب من قال يصلى عليه والمنصوص عن أحمد أنه لا يصلى عليه ويدفن وهذا يرجع الى تعارض الأصل والظاهر إذ الأصل في دار الاسلام الاسلام والظاهر في هذا الكفر، ولو كان الميت في دار الكفر فان كان عليه علامات الاسلام صلى عليه والا فلا نص عليه أحمد في رواية على بن سعيد وهذا ترجيح للظاهر على الأصل هاهنا كما رجحه في الصورة الأولى ولم يرجح الأصحاب هنا الأصل كما رجحوا ثم لأن هذا الأصل قد عارضه أصل آخر وهو ان الأصل في كل مولود أنه يولد على الفطرة (ومنها) اذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بينة ففيه روايتان، إحداهما القول قول الزوج لأنه منكر وغارم والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقرر به . والثانية القول قول مدعى مهر المثل لأن الظاهر معه (ومنها) اذا أسلم الزوجان قبل الدخول وقال الزوج أسلمنا معاً فتحن على نكاحنا ، وقالت الزوجة بل على التعاقب فلانكاح فوجهان . أحدهما القول قول الزوج لأن الأصل معه . والثاني القول قول الزوجة لأن الظاهر معها اذ وقوع الاسلام معاً في آن واحد نادر والظاهر خلافه (ومنها) اذا خلا بامرأته وصدقته أنه لم يطأها وقلنا لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبغت وكان له منها ولد فهل يتقرر المهر بذلك لأن الغالب أن الولد ، انما ينعقد عن الاصابة أولاً لأن الأصل عدم اصابتها ويحتمل أنه سبق الماء الى فرجها فانعقد به الولد على وجهين

ذكرهما القاضى فى المجرّد وفيه نظر فان سبق الماء الى الفرج انما يكون بعد ما تقرر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره ، والاظهر فى تعليل عدم تقرر المهر أن يقال الولد يثبت نسبه بمجرد الامكان بخلاف استقرار المهر (ومنها) لو زوج رجل وليته ثم ظهرت مميّة وادعى الولي أنه لم يعلم عيها فقيه وجهان . أحدهما القول قول الولي مع بيّته لأن الأصل معه إلا أن يكون العيب جنونا ويكون الولي ذا اطلاع عليها فلا يقبل قوله وهو اختيار صاحب المغنى والثاني أن كان الولي قريبا كالأب والجد وابن لم يقبل قوله مطلقا لأن الظاهر يكذب به وإن كان بعيدا قبل قوله مع يمينه وهو قول القاضى ووافقه ابن عقيل إلا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها فسوى بين الأولياء كلهم فى عيوب الفرج بخلاف غيرها (ومنها) إذا اختلط مال حرام بحلال وكان الحرام أغلب فهل يجوز تناول منه أم لا على وجهين لأن الأصل فى الأعيان الإباحة والغالب هاهنا الحرام قال أحمد فى رواية حرب إذا كان أكثر ماله [النهب أ] والربا ونحو ذلك فكأنه ينبغى له أن يتنزه عنه إلا أن يكون شيئا يسيرا أو شيئا لا يعرف ، وقريب من هذا إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس وكان الطاهر أكثر فان فى جواز التحرى روايتين وظاهر كلام أحمد فى رواية المروذى جوازه واختاره أبو بكر وابن شاقلا وأبو على النجاد وصححه ابن عقيل لكن هنا اعتضد أصل الطهارة فان الظاهر إصابة الطاهر لكثرة (ومنها) إذا قذف مجهول النسب وادعى رقه وأنكر المقدوف فهل يحد على روايتين لأن الأصل عدم لزوم الحد والأغلب على الناس الحرية أو يقال الأصل فيهم الحرية فيكون ذا من باب تعارض الأصلين (ومنها) إذا قال لدخول بها أنت طالق أنت طالق ولم يقصد بالثانية تأكيدا ولا إيقاعا بل اطلاق النية . فقال الأصحاب تطلق اثنتين لأنه موضوع للإيقاع كاللفظ الأول ولهذا يقال إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد فالتأسيس أولى وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر مع بقاء الزوجية وعدم وقوع الثانية والثالثة إذا كرر ثلاثا فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الإطلاق لأنه المتيقن ، ويشهد ما نقله صالح عن أبيه أنه قال إذا قال أنت طالق أنت طالق وقد دخل بها فهو على ما أراد إن كان أراد إفهامها فهو الذى أراد وإن أراد غير ذلك فهو على ما أراد فلم يوقع الثانية بدون النية . وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما إذا قال أنت طالق بل أنت طالق وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة فان نوى بالثانية طائفة أخرى فهل يلزمه أم لا على قولين لأنه إعادة اللفظ الأول بعينه فلا يحتمل التكرار كذلك حكاه القاضى عنه فى كتاب الروايتين ويلزم من ذلك أنه إذا قال أنت طالق وكرره وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة وهاهنا مسألة حسنة نص

عليها أحمد في رواية ابن منصور فيما إذا قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق قال هي تطليقتان هذا كلام مستقيم وإن قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة ، والفرق بينهما أن بل من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد وهي هنا كذلك لأن اسم الماعل من المفردات وإن كان متحملاً لضمير بدليل أنه يعرب والجل لا تعرب ولأنه لا يقع صلة ولو كان جملة لوقع صلة وحينئذ فيكون ما بعده معطوفاً على ما قبله وقد أوقع قبله واحدة ثم عطف عليها أخرى فتقع اثنتان كما لو أتى بواو العطف وهذا معنى قول أحمد هذا كلام مستقيم - يعني أنه نسق بعضه على بعض كسائر المعطوف بالواو وثم ونحوهما - وأما قول النحويين إن ما قبله يصير مسكوتاً عنه غير مثبت ولا منفي فهذا فيما يقبل النفي بعد اثباته والطلاق ليس كذلك فتعين إثبات الأول وعطف الثاني عليه. وأما إذا قال أنت طالق لا بل أنت طالق فقد صرح بنفي الأول ثم أثبت به نفيه فيكون المثبت هو المنفي بعينه وهو الطلقة الأولى فلا يقع به طلقة ثانية وهو قريب من معنى الاستدراك كأنه نسي أن الطلاق الموقع لا ينفي فاستدرك وأثبت لثلاث يتوهم السامع أن الطلاق قد ارتفع بنفيه فهذا إعادة الأول لا استئناف طلاق (ومنها) إذا قال الطلاق يلزمي أو أنت الطلاق فهل يلزمه واحدة أو الثلاث على روايتين لأن الألف واللام قد يراد بها العهد أي الطلاق المعهود المستنون وهو الواحدة ويراد بها مطلق الجنس ويراد بها استغراق الجنس لكنها في الاستغراق والعموم أظهر والمتيقن من ذلك الواحدة والأصل بقاء النكاح. وعلى رواية وقوع الثلاث فلو نوى به ما دونها فهل يقع به ما نواه خاصة أو يقع به الثلاث ويكون ذلك صريحاً في الثلاث فيه طريقان للاستصحاب ولو قال الطلاق يلزمي وله أكثر من زوجة فإن كان هناك نية أو سبب يقتضي التعميم أو التخصيص عمل به. ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الأصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محله، وتند فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصدر لا أفراده أقوى من عمومه لمفعولاته لأنه يدل على أفراده بذاته عقلاً ولفظاً وإنما يدل على مفعولاته بواسطة فلفظ الأكل والشرب مثلاً يعم الأنواع منه والأعداد أبلغ من عمومها المسأ كول والمشروب إذا كان عاماً فلا يلزم من عمومه لا أفراده عموم أنواع مفعولاته (١) ذكر ذلك كله الشيخ تقي الدين رحمه الله بمعناه. وفي موضع آخر قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة وفرق بأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات وقد يقال إن قوله الطلاق يلزمه وإن كان صيغة عموم لكن إذا لم ينو عمومه كان مخصصاً بالشرع عند من

في الأصل: أنواع عموم لمفعولاته

يحرم جمع الثلاث وهو ظاهر المذهب فتكون المسئلة حيثن من صور التخصيص بالشرع وقد ذكرنا نظائرها في قاعدة سبقت (ومنها) إذا قال زوجتي طالق أو عدي حر وله زوجتان وعبيد فالمنصوص أنه يقع الطلاق والعق بالجميع إلا أن ينوي عدداً معيناً لأن اسم الجنس المضاف للعموم فهو كالجمع المعروف. ذكر صاحب المغنى احتمالاً ورجحه أنه لا يقع الطلاق والعق مع اطلاق النية إلا بواحد لأن اللفظ صالح للواحد والجميع فحمله على الواحد أولى لأنه المتيقن ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للأصل على الظاهر (ومنها) إذ قال له عندي درهم ودرهم فحل يلزمه درهمان أو ثلاثة على وجهين ذكرهما أبو بكر في الشافى ونزلها صاحب التلخيص على تعارض الأصل والظاهر فإن الظاهر عطف الثالث على الثاني ويحتمل إرادة التكرار به لأنه بلفظه فيحمل عليه عند الاطلاق لأنه اليقين قال ولو قال أردت بالثالث تكرار الثاني قبل على الوجهين لاحتماله. وذكر صاحب المغنى في الطلاق احتمالاً أنه لا يقبل إرادة التكرار والتأكيّد مع حرف العطف لمخالفة الظاهر لأن ظاهر العطف يقتضى المغايرة.

﴿ القاعدة الستون بعد المائة ﴾

تستعمل القرعة في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداءً لمبهم غير معين عند تساوى أهل الاستحقاق. ويستعمل أيضاً في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز على الاطلاع عليه وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب، وفي الأبضاع قول آخر أنه لا تؤثر القرعة في حل المعين منها في الباطن ولا يستعمل في الحاق السبب عند الاشتباه على ظاهر المذهب ويستعمل في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها، ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداءً وفي الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميز المميز المنسية.

ونحن نذكرها هنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أول الفقه إلى آخره بحسب الامكان والله الموفق (فمنها) إذا اجتمع محدثان حدثاً أكبر أو أصغر وعندهما ما يكفي أحدهما ولا اختصاص لأحدهما به ففيه وجهان أحدهما يترعان عليه لاستوائهما في الحاجة إليه. والثاني يقسم بينهما ولو كان أحدهما جنباً والآخر محدثاً حدثاً أصغر وكان الماء يكفي كل واحد منهما ويفضل عنه فضلة لا يكفي الآخر ففيه ثلاثة أوجه أحدها المحدث أولى لأن فضله يمكن الجنب استعمالها بخلاف فضلة الجنب فإنما لا ترفع حدث المحدث ولا شيمته. والثاني الجنب أولى لغاظ حديثه. والثالث هما سواء فيقرع بينهما أو يعطيه بأذل الماء لمن شاء منهما قال صاحب التلخيص هذه المسئلة صورها جماعة من أصحابنا في ماء مباح أو مملوك أراد مالكه بذله لأحدهم، وفيه نظر فإن المباح قبل وضع الأيدي عليه لا مالك فيه وبعد

وضع الايدى للجميع والمالك له ولاية صرفه الى من شاء قال ويتصور ذلك عندى فى الوصية بالماء لاولاهم به انتهى . ويتصور ايضا فى النذر لاولاهم به والوقف عليه وفيما اذا طلب المالك معرفة اولاهم ليؤثره به وفيما اذا ماوردوا على مباح وازدحموا وتشاحروا فى التناول اولاً (ومنها) اذا تشاحروا فى الاذان مع تساويهم المرجح بها فيه فانه يقرع بينهم نهر عليه احمد فى رواية ابى داود وابى طالب ومحمد بن موسى واحتج بان سعدا اقرع بينهم فى الاذان يوم القادسية ونص فى رواية ابى داود على تقديم القرعة على اختيار الجيران، وفى رواية محمد بن ابى موسى دلى ان المتعاهد للمسجد بالعمارة احق (ومنها) اذا اجتمع عراة ومع واحد ثوب قد صلى فيه استحب له اعارته لرفقائه فان ضاق الوقت وفيهم من يصلح للامامة استحب اعارته فيصلى فيه اماما والعراة خلفه فان استووا ولم يكن الثوب لواحد منهم اقرع بينهم فمن خرجت له القرعة فهو احق به ذكره فى المغنى (ومنها) اذا استوى اثنان فى الصفات المرجح بها فى الامامة من كل وجه وتشاحرا اقرع بينهما كما فى الاذان (وكذلك) اذا اجتمع اثنان من اولياء الميت واستويا وتشاحرا فى الصلاة عليه اقرع بينهما ولوولى امامة المسجد رجلا نصح وكانا فى الامامة سواء وايهما سبق اليها كان احق بها فان حضرا معاً احتمل أن يقرع بينهما فيقدم من قرع منهما واحتمل أن يرجع الى اختيار أهل المسجد لاحدهما ذكر ذلك القاضى فى الاحكام السلطانية (ومنها) اذا قدم ميتين الى مكان من مقبرة مسبلة فى آن واحد ولم يكن لاحدهما هناك مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك فانه يقرع بينهما صرح به الاصحاب. وكذلك اذا دفن اثنان فى قبر واحد واستويا فى الصفات فانه يقدم احدهما الى القبلة بالقرعة كما فعل معاذ بن جبل بامرأته (ومنها) اذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان وكان أحدهما السكفنين أجود من الآخر ولم يعين البازل مالكل واحد منهما فانه يقرع بينهما لما ورد فى السنة بذلك فروى الامام أحمد فى المسند من حديث الزبير انه قال لما كان يوم أحد أقبلت صفية يعنى أمه فاخرجت ثوبين معها فقالت هذان ثوبان جئت بهما لآخى حمزة فكفونه فيهما قال فجئت بالثوبين ليكفن فيهما حمزة فاذا الى جنبه رجل من الانصار قتل قد فعل به ما فعل بحمزة قال فوجدنا غضاضة وحياء أن يكفن حمزة فى ثوبين والانصارى لا كفله فقال لحمزة ثوب والانصارى ثوب فقدرناهما فكان أحدهما أكبر من الآخر فأقرعنا بينهما فكفنا كل واحد فى الذى طار له وقد ذكره الاثرم للامام أحمد لما عدد أحاديث القرعة فعرفه أحمد وعده معها وهذا يشعر بأنه أخذ به (ومنها) ولو اشتبه عبده بعبد غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه من مال الآخر قبل تمييزه أم. قال القاضى فى خلافه يحتمل

أن لا يصح العقد حتى يقع التمييز وبماذا يقع يحتمل أن يقرع بينهما فيعين بالقرعة ثم يبيعه لأنه قد اختلط المستحق بغيره ويحتمل أن يقف على المراضاة ولو سلمناه فلان الجمل هنا بغير فعله فعفى عنها قال وأجود ما يقال فيها أنهما يبيعان العبدین ويقسمان الثمن على قيمة العبدین كما قلنا إذا اختلط زيت بزييت الآخر وأحدهما أجود من الآخر أنهما يبيعان الزيت ويقسمان الثمن على قدر القيمة انتهى (ومنها) إذا ادعى الوديعه اثنان فقال المودع لا أعلم إن هي منكما فإنه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها نص عليه أحمد وهي من فروع مسألة تدعى دين بيد ثالث يعترف بأنها لأحدهما وسند كرها إن شاء الله (ومنها) إذا سبق اثنان إلى الجلوس بالامكان المباحة كالطرق الواسعة ورحاب المساجد ونحوها لمعاش أو غيره، فالمنزلة أنه يقدم أحدهما بالقرعة وفيه وجه بتقديم السلطان لمن يرى منهما بنوع من الترجيح وكذلك لو استبقا إلى موضع في رباط مسبل أو خان أو استبق فقهاء إلى مدرسة أو صوفيان إلى خانكاه ذكره الحارث وهذا يتوجه على أحد الاحتمالين الذي ذكرهما في المدارس والخوانق المختصة بوصف معين أنه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر فأما على الوجه الآخر وهو توقف الاستحقاق على تنزيله فليس إلا ترجيحه بنوع من الترجيحات. وقد يقال أنه يرجع بالقرعة مع التساوي (ومنها) إذا سبق اثنان إلى معدن مباح أو غيره من المباحات وضاق المكان إلا عن أحدهما ففيه وجهان. أحدهما يقترعان عليه اختارده صاحب المغنى. والثاني قاله القاضي وإن كان أحدهما للتجارة هائياً الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى لأنه يطول وإن كان للحاجة فاحتمالات. أحدها يقرع بينهما. والثاني ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم. والثالث يقدم من يراه أحوج وأولى. وأما أن وقعت أيديهما على المباح فهو بينهما بغير خلاف وإن كان في كلام بعض الأصحاب ما يروى خلاف ذلك فليس بشيء (ومنها) إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح لكل منهما أرض يحتاج إلى السقي منه وكانا متقاربين ولم يكن تسعة الماء بينهما أقرع بينهما فقدم من له القرعة فإن كان لا يفضل عن أحدهما سقى من له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر فإنه يساويه في استحقاق الماء وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس الأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى وهنا الماء بينهما يستحق كل منهما أن يأخذ بقدر نسبة حقه منه ذكره في المغنى (ومنها) إذا وصف للقطعة نفسان فهل يقسم بينهما أو يقرع فمن خرجت له القرعة فهي له على وجهين (ومنها) إذا التقط اثنان طفلاً وتساويا في الصفات أقرع بينهما ولم يقر بأيديهما جميعاً كفا في الحضانة وإن ادعى نفسان التقاط طفلاً فإن كان في أيديهما أقرع بينهما فاقر

يد من خرجت له القرعة فان استويا في عدم اليد ولم يصفه أحدهما، فقال القاضي والا كثرون لاحق لأحدهما فيه ويعطيه الحاكم من شاء منهما أو من غيرهما لأنه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق. وقال صاحب المغنى الأولى أن يقرع بينهما لأنهما تنازعا شيئاً في يد غيرهما فاشبه مالو تنازعا وديعة وفيه نظر. فان الوديعة لمدين ولامدعى لها سواءا بخلاف اللقيط فان الحق لمن سبق اليه ولم يثبت سبق لواحد منهما نصارا كغيرهما، ولو ادعى اثنان لقطعة بين أيديهما كل منهما يقول أنا سبقت إليها أقرع بينهما ذكره القاضي في خلافه. وهذا في الظاهر يخالف قوله في دعوى التقاط الطفل إلا أن يفرق بينهما بأن اللقطة تقول إلى الملك فهي كدعوى اثنين ملكية عين يميز أيديهما لا يد عليها لأحد كما سيأتي إن شاء الله (ومنها) إذا وصى لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فبطل الوصية أو تصح ويميز أحدهما بالقرعة فيه خلاف سبق ذكره مبسوطاً، وكذا سبق ذكر من وهب أحداً ولاده وتعذر الوقوف على عينه أو وقف عليه واشتبه فيهم (ومنها) إذا أوصى لزيد بعبد من عبيده قال الخرقى يعطى واحداً منهم بالقرعة كما لو أعتق واحداً مبهماً والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور أن له أخسهم يعنى أدنى ما يقع عليه الاسم لأنه المتيقن، وإنما أقرعنا في العتق لأن العتق حق للعبيد وقد تساوا في استحقاقه فيميز بالقرعة وهنا الحق للوصى له وإنما يستحق ما يصدق عليه الاسم (ومنها) إذا مات المتوارثان وعلم أسبقهما موتاً ثم نسي. فقال القاضي لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة لتعيين السابق والمذهب أن حكم ذلك حكم مالو جملوا الحال أو لأنه يورث كل واحد منهما من الآخر من تلامه ماله دون ماورثه منه، ولو ادعى ورثة كل واحد منهما بسبق الآخر ولا يثبت لهما أو تعارضت البيتان ففيه أوجه. أحدها يعين السابق بالقرعة اختاره ابن أبي موسى وضعفه أبو بكر في كتاب الخلاف، والثاني يتوارثان كما لو جمل الورثة الحال وهو قول أبي الخطاب وقول القاضي في المجرى وابن عقيل هو قياس المذهب. والثالث يحذف ورثة كل واحد لاسقاط دعوى الآخر ولا يتوارثان نص عليه أحمد واختاره الخرقى لأن ورثة كل واحد تعلم استحقاقه لارثه وغيرهم يدعى عليهم استحقاق مشاركة وهم يذكرون ذلك فيكون القول قولهم مع أيماهم بخلاف مسائل الخرقى فان الورثة متفقون فيها على عدم العلم بالساق ولا يس فيهم مدع لا مستحق أفراداً بمال ميتة. والوجد الرابع وهو اختيار أبي بكر في كتاب الخلاف أنه يقيم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعيه نصفين وعليهما اليمين في ذلك كما لو تنازعا دابة في أيديهما (ومنها) إذا مات عن زوجات وقد طاق أحدهما طلاقاً يقطع الارث أو كان نكاحاً بضمن فاسداً لا توارث فيه، وجعل بين الماطقة وذات النكاح انفاسد فامها تعين بالقرعة والميراث للبواقي من عليه أحد (ومنها) الأولياء المستوون في النكاح إذا اشاحوا أقرع بينهم

(٤٥ - قواعد)

فإن سبق من أخطائه القرعة فزوج قبل يصح أم لا على وجهين (ومنها) لو زوج وليان من اثنين وجعل
 أسبق العقدین ففيه روايتان. أحدهما يمين الأسبق بالقرعة فمن خرجت له القرعة فهي زوجته
 ولا يحتاج إلى تجديد عقد ولا يحتاج الآخر إلى طلاق هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وابن
 منصور وقد ذكر هذه الرواية في هذا الوجه القاضي في المجرى [وابن عقيل وغيرهما وذكروا القاضي
 في الجامع] والخلاف والروايتين وأبو الخطاب وغيرهما أن الآخر يؤمر بالطلاق كما يطلق في
 النكاح الفاسد وفيه ضعف فإن هذا لم يتحقق له نكاح منعقد بخلاف الناكح نكاحاً فاسداً، وأيضاً
 فهو مجرد طلاقه بتقدير أن يكون نكاحه هو السابق لا يفيد حل المرأة لآخر فلها قال طائفة من
 الأصحاب يحدد الذي خرجت عليه القرعة النكاح لتحل له يمين. وقد حكى ذلك القاضي في كتاب
 الروايتين عن أبي بكر أحمد بن سليمان النجاد ثم رده بأنه لا يبقى حينئذ معنى للقرعة فإنه إذا أمر
 أحدهما بالطلاق وأمر القارع بتجديد النكاح فقد خات المرأة من زوجيتهما معاً فلها أن تزوج من
 شاءت منهما ومن غيرهما ولا فائدة حينئذ للقرعة. وهذا بعينه قول من يقول بفسخ نكاحهما كما
 سيأتي. وقال الشيخ تقي الدين لو كان الأمر كما ذكره لم يبق من الروايتين فرق ولا للقرعة فائدة
 وإنما يجب على رواية القرعة أن يقال هي زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكنائها، ولو مات
 ورثته لكن لا يطأها حتى يحدد العقد فيكون تجديد العقد يحل الوطء فقط ولعل هذا قياس المذهب
 أو يقال أنه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد ويكون التجديد واجباً عليه وعليها كما كان الطلاق
 واجباً على الآخر قال وليس في كلام أحد تعرض الطلاق ولا لتجديد الآخر النكاح فإن القرعة
 جعلها الشارع حجة وينة تفيد الحل ظاهراً كالشهادة والنكول ونحوهما مما لا يوقف معه على
 حقيقة الأمر في الباطن والمجهول غير مكف به العباد بل هو في نظر الشرع كالدوم مادام مجهولاً،
 ونظير هذه الرواية في القرعة أن المشهور من المذهب أن من طلق واحدة من زوجاته ثم أنسبها
 فإنها تعين بالقرعة ويحل له وطء البواقي فكذلك هاهنا يميز النكاح الصحيح من الباطل بالقرعة
 ويفيد حل الوطء ولا يقال هناك الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النكاح ولم يتيقن وقوع
 الطلاق عليها وهنا الأصل عدم انعقاد النكاح في كل واحد منهما فلا يباح الوطء بدون تيقن
 العقد الصحيح لأننا نقول الاستصحاب بطل يمين وقوع الطلاق المحرم. ولهذا أبطل أصحابنا
 الاستصحاب في مسألة اشتباه الماء بالطاهر بالنجس ومنعوا استعمال أحدهما بالتحري لأن
 الاستصحاب زال حكمه بيقين التنجس. وحينئذ تنفق صورتان لأن في أحدهما اشتبهت الزوجة
 بالملقة ثلاثاً وفي الأخرى اشتبه الزوج بغيره وكون أحدهما له أهل في الحل دون الآخر لا أثر

له عندنا . ولهذا يسوى بين اشتباه البول بالماء الطاهر واشتباه الماء النجس بالطاهر ونحن نقول على أحد الوجهين لو أقر بأن ولد اخدى امائه ابنته ثم مات ولم يعينه بين القرعة وان كان حراً الاصل . واعلم ان القاضي حكى عن أبي بكر بن سليمان النجاد انه يقرع بين الزوجين فمن قرع أمر صاحبه بالطلاق ثم جدد الآخر نكاحه ، وقرأت بخط القاضي في بعض مجاميعه قال حكى أبو الحسن الجزرى قال سئل أبو علي النجاد عن رجل زوج ابنته على صداق ألف درهم ثم مات الأب قبل دخول الزوج بها ، فحضر ثلاثة رجال كل واحد منهم يقول زوجنى أبوك منك على صداق ألف درهم قبضها منى . وعدم كل واحد منهم البينة في الحال وقالت البنت أعلم ان واحداً من هؤلاء الثلاثة تزوجنى يقيناً ولكن لا أعرفه عينا فقال أبو علي النجاد ترفع أمرها الى الحاكم فيجبر الثلاثة على أن يطلقها كل واحد منهم طائفة واحدة ثم يقرع بين الثلاثة على الألف يأيم كانت له القرعة أخذ الألف ثم يقال للمرأة تزوجى أيهم شئت أن احببت فان كانت هذه الحكاية مستند القاضي في الحكاية عن النجاد فقد وهم في تسميته فان الحكاية عن أبي علي ونسبها هو الى أبي بكر بن سليمان وليست المسئلة في نكاحين مشتبهيين بل في دعوى القرعة فيها انما هى للبال لا لحل البضع فلا يصح ما حكاه القاضي عن أبي بكر النجاد بالسكية فليحقق ذلك ، والرواية الثانية يفسخ النكاحان جميعاً ثم تزوج من شاءت منهما أو من غيرهما اذا شئت نقلها أبو الحرث ومهنا ، وهى اختيار أبي بكر في خلافه والخرقى وحكى ابن أبي في موسى المسئلة روايتين . احدهما يبطل النكاحان . والثانية يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهى له قال والاول اظهر وأصح ، وظاهره أن النكاحين يبطلان من غير فسخ ويشهد له ما نقله ابن منصور عن احمد في ولين زوجا امرأة لا تدرى أيهما زوج قبل قال ما أرى لواحد منهما هاهنا نكاحاً ، ومن الأصحاب من حكى ذلك وجهاً وقيداً بما اذا أمكن وقوعهما معا وقد جعل القاضي في خلافه المذهب كذلك . ولما أن علم وقوعهما معاً فهما جميعاً باطلان غير منعدين . وذكر القاضي في خلافه ، وفي كتاب الروايتين أن حكمه حكم مالو وقعاً مترتبين وجهل اسبقهما فيه الروايتان . قال أبو البركات وهذا لا وجه له ولعله خرق الاجماع ، فأما حكم المهر في هذين النكاحين المشتبهيين فقد سبق ذكره وان في وجوب نصف المهر على من تخرج القرعة عليه منهما وجهين ، فان ماتت المرأة قبل الفسخ ففي المغنى احتمالان . احدهما يوقف نصف ميراثها أو ربه حتى يصطلحان عليه . والثانى يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث قال الشيخ تقي الدين وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب ، أما الاول فلا ، لانقف الخصومات قط . وأما الثانى فكيف يحلف من قال لا أعرف الحال وانما المذهب على رواية القرعة أيهما قرعه فله الميراث

بلا يمين ، وأما على قولنا لا يقرع فاذا قلنا إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة بطريق الأولى ، وإما ان قلنا لا مهر فهنا قد يقال بالقرعة أيضاً انتهى . وان مات الزوجان جميعاً فلها ربع ميراث أحدهما فان اتفقت مع أحد الزوجين قبل موته أو مع ورثته أنه هو السابق فالميراث لها منه بغير اشكال وان ادعت أن أحدهما هو السابق وانكر هو أو ورثته فالقول قولهم مع ايمانهم . فان نكحوا قضى عليهم وان لم تقر المرأة بسبق أحدهما ففي المغنى احتمالان أحدهما أن يحلف ورثة كل منهما ويبرأ . والثاني يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فلها ربع ميراثه وهذا الوجه الثاني يمين فيما اذا انكر الورثة العلم بالحال ويشهد له نص أحمد في رواية حنبل وغيره فيمن زوج إحدى بناته من رجل ثم مات الأب ثم مات الزوج ولم يعلم عين الزوجة أنه يقرع بينهما فأيتهن أصابتها القرعة فهي التي ترثه ، وقد ذكر ذلك صاحب المغنى أيضاً فيما اذا ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولم يقر الواحد منهما بذلك ثم ماتا أنه يقرع بينهما ويكون لها ميراث من تقع القرعة عليه ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) اذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثاً فالمشهور عند الأصحاب أنه يخرج منهن أربع بالقرعة فيكن المختارات وله نكاح البواقي بعد عدة الأربع بناء على أن الطلاق اختيار والقرعة لها مدخل في تعيين المطلقات المبهومات فيميزن بالقرعة ويحكم باختيارهن وينفسخ نكاح البواقي بغير طلاق فيباح له نكاحهن بدون زوج واصابة بعد انقضاء عدة البواقي . وقال القاضي في خلافه في كتاب البيع يطلق الجميع ثلاثاً لأن نكاحهن ثابت لم يحكم بفساده فيأحقن الطلاق الثلاث فلا ينكح شيئاً منهن الا بعد زوج واصابة . وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ وليس باختيار ولم يكن يلزم منه أن يكون للرجل في الاسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح من الطلاق وغيره وهو بعيد ، واختيار الشيخ تقي الدين أن الطلاق هاهنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار ، وان مات قبل أن يختار منهن أربعاً فإنه يقرع بينهما فيورث أربع منهن بالقرعة ، وأما العدة ففيها وجهان . أحدهما على الجميع عدة الوفاة قاله القاضي في الجامع لأنه مات والكل محبوسات على نكاحه فكان عليهن عدة الوفاة واسلامه لم يوجب البيونة في الزائد على الأربع بل البيونة تقف على اختياره فاذا اختار في حياته أربعاً فعدة البواقي من حين الاختيار على المشهور لا من حين الاسلام . والثاني وهو قول القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى أن عليهن أطول الأمرين من عدة الوفاة وعدة الوطء وعلوه بأن أربعاً منهن زوجات والبواقي موطئات بشبهة فيجب على الجميع أطول العدين لتبرأ الذمة من العدة الواجبة بيقين ، وهذا لا يخرج إلا على القول بأن البيونة ثبتت بالاسلام وتبين بالاختيار فاذا اختار أربعاً

فعدة البواقي من حين اسلامه، أما اذا قلنا عدتهن من حين اختياره فبن زوجات له حتى يختار فلا يشوجه
أن يجب عليهن سوى عدة الوفاة إلا أن يقال إن نكاحهن في حكم الفاسد لأنه لا يجوز استدامته بحال فلا يجوز
أن يثبت له خصائص النكاح الصحيح ويحجب عنه بان النكاح الفاسد اذا اتصل به الموت أوجب عدة الوفاة على
المنصوص فهذا أولى. ويلتحق بهذه المسئلة ما اذا طلق واحدة مبهمة أو معينة ثم أنسها ثم مات قبل القرعة فاما
نقرع بينهما وتخرج المطلقة بالقرعة ويورث البواقي كما نص عليه أحمد، وأما العدة فذكر القاضي في خلافه
أنه يجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة ان لم يكن دخلهن يسقط الفرض بيقين وان دخلهن لزمهن
أطول الامرين من عدة الطلاق من حينه وعدة الوفاة من حينها لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مطلقة
وأن تكون زوجة فلا تبرأ الذمة بدون ذلك وهذا يخالف المنصوص عن أحمد فانه نص في روايته
أن طالب أنه يقرع بينهما فأنتن اصابها القرعة لم تورت ولم تعد ومراده أنها لا تعد عدة الوفاة
وهذا يدل على أن العدة تابعة للبراث وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد فمن خرجت لها قرعة
الطلاق فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها وعلى البواقي عدة الوفاة من حينها لأن القرعة
بينة شرعية وقد حكمنا بحل البضع بها كما سبق فجاز أن يبتنى عليها حكم العدة لأنها من توابع
الطلاق ولوازمه ، فعلى هذا المنصوص يخرج في مسألة من أسلم على أكثر من أربع ثم مات قبل
أن يختار منهن أن يقرع بين أربع منهن فيمكن المختارات وتلزمهن عدة الوفاة من حينها ويلزم
البواقي عدة الوطء من حين الاسلام اذا قلنا إن عدتهن من حين الاسلام وعلى قول القاضي على
الجميع أطول الاجلين (ومنها) اذا اصدق الزوجة عبداً من عبيده فحكى طائفة من الأصحاب في المسئلة
روايتين احدهما أنه يتعين بالقرعة والثانية لها الوسط منهم وخرج ابن عقيل فيها وجهين آخرين
احدهما أنه يعطيا ما يختاره هو . والثاني يعطى ما تختاره هي واختار أهم إن تساوى فلها واحد
بالقرعة والا فلها الوسط ، والمنصوص عن أحد في ذلك ما نقله مهنا في رجل تزوج امرأة على عبد من
عبيده فقال اعطيا من أحسنهم ؟ قال ليس له ذلك ولكن يعطيا من أو سطهم فقلت له ترى أن
يقرع بينهم . قال : نعم اقلت : تستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ا يقرع بين العبيد . وتاويل
ابو بكر هذا على أنه تزوجها على عبد معين واشتبه . قال القاضي ولا يصح هذا التأويل
لأنه قال يعطى وسطهم ولو كان معيناً اعتبر الأوسط وتدل عنه جمعة بن محمد يقوم الخادم وسطاً
على قدر ما يخدم مثلها (ومنها) اذا دعاه اثنان الى وليمة عرس واستويا في الصفات المرجحة
أقرع بينهما (ومنها) اذا زفت اليه امرأتان معا فانه يقدم احدهما بالقرعة (ومنها) اذا أراد السفر
باحدى زوجاته او الداءة بها لم يجز بدون قرعة الا أن يرضى البواقي بذلك (ومنها) لو طلق امرأة

من نسائه مبهمه بأن قال لامرأته احدا كما طالق ولم ينو معيناً فإنه يعين المطلقة بالقرعة في ظاهر المذهب ونص عليه احمد في رواية جماعة ، وفيه رواية ثانية أن له تعيينها باختياره ، وتوقف احمد مرة فيها في رواية أبي الحارث (ومنها) اذا طلق واحدة معينة من نسائه ثم أنسيها أو جهلها ابتداء كمن قال ان كان هذا الطائر غراباً ففلانة طالق وان لم يكن غراباً ففلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان فالمشهور أيضاً أنها تعين بالقرعة ويحل له البواقي كما أنه لو اعتق أمه من أمائه وأنسيها عينها بالقرعة وحل له البواقي لأن القرعة قامت مقام الشاهد والمخبر للضرورة والشارع لم يكن العباد بما نفس الأمر بل بما ظهر وبدا وان كان مخالفاً لما في نفس الأمر والمجهول كالمعدوم ما دام مجهولاً فاذا علم ظهر حكمه كالاكتفاء مع النص والتيمم مع الماء ، وقد نص احمد صريحاً على هذا في رواية جماعة وعن احمد لا يقرع بل يوقف حتى يتبين قال الشافعي سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم ايتهن طلق قال اكره أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا قال أقول بالقرعة أي لأجل الميراث بعد الموت. وهذه اختيار صاحب المغنى والمذهب الأول وعليه فلو ذكر ان المطلقة غير من أصابتها القرعة وأنه يذكر ذلك لزمه الطلاق فيها وهل ترجع التي وقعت عليها القرعة توقف فيه احمد مرة وقال في رواية الميموني ان كانت تزوجت لم ترجع اليه لأن حق الزوج الثاني تعلق بها فلا يقبل قوله في إسقاط حقه وفسخ نكاحه، وان لم تزوج فان كانت القرعة بفعل الحاكم لم ترجع اليه أيضاً نص عليه في رواية الميموني أيضاً . قال ابن أبي موسى وهو يرجع الى أن حكم الحاكم له تأثير في التحريم وفيما قاله نظر بل الظاهر أنه يرجع إلى أن فعل الحاكم حكم فلا يقبل قول الزوج فيما يرفع فعل الحاكم لأن تعليق حكم الحاكم كتعلق حكم الزوج وأولى، وان لم تكن القرعة من الحاكم رجعت اليه نص عليه أيضاً لأن إخباره بذلك مقبول قبل القرعة فكذلك بعدها إلا أن يتضمن إبطال حق لغيره ولم يوجد ذلك هنا، وعن أبي بكر وابن حامد لا يرجع اليه لأنه متهم في نفى الطلاق عنها فلا يقبل قوله فيه (ومها) لو رأى رجلان طئراً فقال أحدهما إن كان غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً وقال الآخر إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً وفيه وجهان . أحدهما يبني كل واحد منهما على يقين نكاحه ولا يحكم عليه بالطلاق ولأنه متيقن لحل زوجته شك في تحريمها بخلاف ما اذا كانت الزوجتان لرجل واحد فإنه يتيقن زوال النكاح في إحدى زوجتيه فلذلك عينت بالقرعة وهذا اختيار القاضي وأبي الخطاب وكثير من المتأخرين . والثاني أنه يقرع بينهما فمن وقعت عليه القرعة طلقت زوجته كما لو كانا لرجل واحد وهو اختيار الشيرازي في الإيضاح وابن عقيل والحلواني وفي الجامع للقاضي أنه قياس المذهب وعلى الأول فمن اعتقد خطأ الآخر

دونه حل له الوطء وان شك وتردد كف عنه وجوبا عند القاضي. وورعاً عند ابن عقيل والمنصوص عن احمد في هذه المسئلة ما رواه ابنه عبد الله انه قال يعتزلان نساءهما حتى يتيقن فيحتمل أن يكون حكم لوقوع الطلاق على احدهما ولكن لم تخرجه بالقرعة كما رواه الشافعي عنه ويحتمل وهو الاظهر أنه منع من الوطء خاصة كما قاله القاضي . قال الشيخ تقي الدين تأملت نصوص احمد فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يوم حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدري اهو بار فيها أم لا ؟ حتى يستيقن أنه بار فن لم يعلم أنه بار اعتزلها أبداً وان علم أنه بار في وقت اعتزلها وقت الشك وحاصله أنه متى علق الطلاق بشرط وأمكن وجوده فانه يعتزل امرأته حتى يعلم انتفاؤه نص على فروع هذا الأصل في مواضع (منها) اذا قال ان كنت حاملاً دانت طالق يعتزلها حتى يتبين الحمل (ومنها) إذا وكل وكلا في طلاق امرأته يعتزلها حتى يدري ما يفعل (ومنها) إذا قال أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر الاواخر لا مكان أن يكون أول ليلة (ومنها) إذا قال أنت طالق قبل موتى بشهر فانه يعتزلها مطلقاً نقله عنه مهنا (ومنها) مسألة إن كان الطائر غراباً وهي هذه المسألة (ومن مسائل القرعة) اذا قال لامرأته ان ولدت ذكراً فأنت طالق ولدت أنثى فأنت طالق فطلقت فولدت ذكراً وأنثى متعاقبين وأشكل السابق منهما فوجهان . أحدهما أنه يقع بها واحدة لأنه المتيقن والزائد عليه مشكوك فيه فيلغى كما لو طلق وشك هل طلق واحدة أو اثنتين ؟ وهذا قول أبي الخطاب ورجحه صاحب المغنى . والثاني يعين الواقع منهما بالقرعة قاله القاضي وابن عقيل لأنه تيقن وقوع احد المتعلقين وشك فميز بالقرعة كما لو تيقن وقوع طلاق احدى الزوجتين وشك في عينها ، وهذا الخلاف أن القرعة لا مدخل لها في الحاق الطلاق لاحد الاعيان المشبهة فمن قال بالقرعة هنا جعلها لتعيين احدى الصفتين وجعل وقوع الطلاق لازماً لذلك ومن منعها نظر الى القصد بها هنا هو اللازم وهو الوقوع ولا مدخل للقرعة فيه وهذا أظهر (ومن غرائب مسائل القرعة في الطلاق) اذا قل ازوجاته الأربع أيكن لم أطأها ليلة بصوابها تطاوت ولم يطأ تلك الليلة واحدة منهن فالمشهور عند الأصحاب أنهن يطلقن ثلاثاً ثلاثاً لأن شرط الطلاق وهو خلو الوطء في الليلة قد تحقق في آخر جزء منها اذا بقي جزء منها لا يتسع للإبلاج تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة فيطلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً لأن لكل واحدة ثلاث صوابات لم يطأهن فاجتمعت شروط وقوع الثلاث علياً . وحكى أبو بكر في التنبيه في المسئلة وجهين عن الأصحاب . أحدهما هذا . والآخر وهو الذي ذكره أولاً وجزم به ان احدهما تطاق ثلاثاً والبواقي يطاق اثنتين اثنتين وعلمه بأنه لما امتنع عن الأولى طلقت الثلاث واحدة واحدة ولما امتنع عن الثانية طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة اثنتين

ثنتين فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين والثالثة كذلك وبانت الرابعة فلما امتنع عن الرابعة امتنع عنها وهي غير زوجة فلم يقع بالامتناع فيها طلاق فعلى هذا الوجه ينبغي أن يقرع بينهما فمن خرجت لها قرعة الثلاث حرمت بدون زوج واصابة وملك رجعة البواقي وشرح كلامه ان يقدر الامتناع من وطئ من مرتباً لأنه لا يمكن إلا كذلك فاذا بقي من الليلة زمن لا يتسع للايلاج في أربع فقد تعذر وطء الأولى حينئذ فتطلق الثلاثة البواقي طلقة طلقة فاذا بقي زمن لا يتسع للايلاج في الثلاث فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة طلقة طلقة فيجتمع على الأولى والثانية طلقة وعلى الثالثة والرابعة طلقتان فاذا بقي زمن لا يتسع للايلاج في اثنتين فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة فيجتمع على الأولى والثانية طلقتان وعلى الرابعة ثلاث طلقات فتعذر حينئذ وتخرج عن الزوجية فلا يبقى الامتناع من وطئها شرطاً لطلاق صواحبتها لأن تقدير الكلام ايتكن لم أطأها الليلة وهي زوجتي وقد تعذر ذلك في هذه الرابعة ، وهذا يرجع إلى أنه متى حلف بالطلاق على فعل شيء في وقت متسع فتعذر فعله في آخر أجزاء ذلك الوقت أنه لا يحث لأن حثه إنما هو بترك ذلك في آخر الوقت فيستدعي وجود المخاوف عليه حينئذ والمعروف من المذهب أنه يحث في حال التعذر كما لو حلف ليشر بن ماء هذا الكوز اليوم فانف قبل مضي اليوم فإنه يحث في الحال، وعلى ما ذكره أبو بكر لا يحث وقل صاحب المستوعب ويمكن أن يقال الأولى منهن من كان وقت اليمين حظه من القسم والثانية التي تأيها (ومنها) إذا ادعى الزوج الرجعة والزوجة انقضاء العدة في آن واحد ففيه وجهان. أحدهما القول قول المرأة لأن الزوج مدعوه وهي منكرة. والثاني يقرع بينهما فمن قرع فالقول قوله (ومنها) إذا آلى من واحدة معينة واشتبهت عليه فانها تميز بالقرعة ذكره أبو بكر وإن آلى من واحدة خير معينة ففي المحرر وجهان. أحدهما يعين بالقرعة. والثاني بتعيينه وهما مخرجان من الروايتين في مسألة الطلاق وفي المعنى له وطء الجميع سوى واحدة منهن فاذا لم يبق سوى واحدة تعين الأيلاء فيها لأنه لا يمكن وطؤها بدون الحث في هذه الحال بخلاف ما قبلها فلا يصير مولياً بدون ذلك (ومنها) إذا تعذر إثبات النسب بالقافة اما لعدم الحاقها بالنسب لاشكاله عليها ولاختلافها فيه ونحو ذلك فالمشهور أنه لا يباحق بالقرعة وقد قل أحمد في رواية على ابن سعد في حديث علي في ثلاثة وتعووا على امرأة فأفرع بينهم قال لا أعرفه صحيحاً وأوهنه وقال في رواية يعني ابن منصور في حديث عمر في القافة أعجب إلى يعني من هذا الحديث وعلى هذا فمل يضيع نسبه أو يترك حق يباغ فينتسب إلى من يميل طبعه إليه من المدعين له فيلحق به على وجهين والأول قول أبي بكر والثاني قول ابن حامد واختار صاحب المحرر أنه يلحق بالمدعين معاً كمدعين لعين

ليست في يد أحدهما إذا استويا في البينة أو عدمها فإن العين تقسم بينهما وكذا هاهنا يباحق النسب بهما إذ لا يمكن إلحاقه بالقرعة. وقال اسحاق بن ابراهيم سألت أبا عبد الله عن حديث عمر أن رجلين اختصا إليه أيهما وقع على امرأة في طهرها أيش تقول فيه؟ قال أحد ان ولدت خبرت الابن أيهما شاء اختار ويرثهما جميعاً، ويخير في حياتهما أيهما شاء من الأبوين اختار. قال القاضي هذا موافق لقول ابن حامد أنه ينسب إلى من شاء منهما وقال الحارثي إنما دل على أنه ينسب إليهما كما اختاره صاحب المحرر لأنه ورثه منهما ولم يوقفه إلى بلوغه وتخييره انما هو للحضنة، ولا ظهر عندي أن مراد أحد أنه إذا ألحقته القافة بالأبوين معاً ورثهما وخير في المقام عند من يختار منهما. فانه سئل عن حديث عمر وحديث عمر فيه هذان الحكمان. وعن أحد أنه يقرع بينهما فيباحق نسبه بالقرعة ذكرهما في المغني في كتاب الفرائض وهي مأخوذة والله أعلم مما روى صالح عن أبيه أنه قال القرعة أراها قد أقرع النبي صلى الله عليه وسلم في خمسة مواضع قد ذكر منها وأقرع في الولد من حديث الاجلح عن الشعبي عن أبي الخليل عن زيد بن أرقم وهو مختلف فيه، وأذهب إلى القرعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم بين نسائه والقرعة في القرآن في موضعين، وظاهر هذا أنه أخذ بالقرعة في النسب وقد ذكرنا طرق حديث زيد بن أرقم والاختلاف فيه وكلام الحفاظ عليه وتوجيه ما تضمنه من توزيع العزم في جزء مفرد. وقد قال أبو بكر عبد العزيز: لو صح لقائنه وأما حكم تحريم النكاح فإن ألحقت القافة الولد بأحد الواطنين وكان بتأخات لأولاد الآخر ولم تحل لأحد من الواطنين لكونها ربيبة له وإن لم توجد قافة فإن قانا يضيع النسب حرمت على الواطنين وأولادهم كما إذا اشبهت ذات محرم بأجنبي وإن قانا يترك حتى يبلغ فينسب إلى أحدهما بميل الطبع ففي حلها لولد الآخر بل إن هذه المرأة احتمالاً لا ذكرها صاحب الترغيب في الرضاع (وأما حكم العدة) فقال أكثر الأصحاب إن ألحقت القافة الولد بأحدهما انتقضت به عدتها منه ثم اعتدت الآخر وإن ألحقته بهما انتقضت به عدتها منهما. وفي الاتصاف لا يمتنع على أصاننا أن نقول تنقضي به عدة أحدهما لا بعينه وتعد الآخر فيما إذا ألحقته القافة بهما كما لو وطئها رجلان بشبهة وجعل السابق. وأما إن ضاع نسبه فإن لم توجد قافة واشكل عليهم ففي الاقتناع لابن الزاغوني يضاف إلى أحدهما بالقرعة وتنقضي به عدتها منه. قل ويحتمل أن تستأنف الددة لهما لأنه لا يعلم به البراءة من ما أحدهما حيث لم ينسب إلى واحد منهما، وفي المجرد والفصول والمغني يلزمها أن تعد به بدو وضعه بثلاثة قروء لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عاينها من عدة الثاني وإن كان من الثاني فعليها أن تمكّل عدة الأول ليسقط

الفرض ييقين . وأما حكم الميراث إذا تعذر الحاق النسب بواحد منهما ومات الولد ففى المجرد فى العدد قياس المذهب أنه يقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة حكم له بالميراث كما قلنا اذا طلق أحدى نسائه ومات ثم قال فان كان للطفل أم ولا أحد المتداعيين فيه ولد أو كان لها ولد ولا أحدهما ولد فيجوز أن يكون لليت اخوان ويجوز أن لا يكون فيحكم له بالثلث ولا تحجب بالشك . قال الشيخ مجد الدين وفى هذا عندى نظر من وجهين . أحدهما أن القرعة انما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع من الأمرين وهنا يمكن أن يكون منهما عندنا . والثانى ان القاضى ذكر فى المجرد فى كتاب الفرائض انه يوقف المشكوك فيه حتى يصطاح عليه ثم العجب انه جعل للام هنا الثلث حيث يشك هل لها الثلث أو السدس ؟ وكان ينبغي أن تعطى بمقتضى القرعة انتهى . وأقول القرعة هنا أرجح من الايقاف لأن فيها فصلا للاحكام وأما احتمال كونه منهما فهو بعيد جداً فلا تعويل عليه وانما التعويل على العادة الغالبة وأنه ابن لواحد منهما نعم لو عولنا على هذا الاحتمال لقسمنا إرثه بينهما بالسوية وهو متوجه أيضاً ، وأما دخول القرعة فيما تستحقه الام من الثلث أو السدس فغير ممكن كما لا تدخل القرعة فيما تستحقه الخشى من ميراث ذكر أو اثنى ولأنه فيما يستحقه من له حاجب مفقود ونحو ذلك

تنبيه - هذا الكلام فى الحاق النسب ابتداء بالقرعة فأما إذا أقرب ولده بهم من أمه ثم مات ولم يتبين وتعدت القافة أقرعنا لأجل الحرية فمن خرجت عليه القرعة فهو حر ، وهل يثبت نسبه بذلك فيه خلاف سبق ذكره لأن الحرية هنا مستندة الى الاقرار والقرعة فيرجح ، (ومنها) اذا بلغ سبع سنين فانه يخير بين أبيه وأمه فى الحصانة على ظاهر المذهب فان لم يختر واحد منهما أو اختارهما جميعاً أقرع بينهما على المشهور ، وفيه وجه يعطى لأمه . وأما قبل السبع فاذا استوى فى استحقاق حضائته رجلان كأخوين أو امرأتين كأختين فإنه يعين أحدهما بالقرعة أيضاً (ومنها) اذا استحق القود جماعة وتشاحوا فى مباشرة الاستيفاء ففيه وجهان . أشهرهما أنه يقدم أحدهما بالقرعة . والثانى بتعيين الامام قاله ابن أبى موسى هذا اذا كان المقتول واحداً فان كانوا جماعة وطلب ولى كل واحد منهم أن يقتص على السكمال ففيه وجهان أيضاً . أحدهما أنه يقرع بينهم فمن خرجت قرعته أقيده ويحب للباقيين الدية . والثانى يبدأ بالسابق فى القتل فيقاد به وتتعين الدية للباقيين ، فان قتلهم دفعة واحدة قدم من تخرج له القرعة ولم يذكر صاحب المغنى سوى هذا الوجه . وقال ابو الخطاب فى الانتصار يقتل للجميع ويؤخذ من ماله بقية ديات الجميع تقسم بينهم ، وحكى أن المنصوص عن أحد أنهم اذا طلبوا القتل فليس لهم غيره ويكونون قد أخذوا بعض حقهم وسقط بعضهم ، وبعد بأن الفصا لا يتبعض فى الاستيفاء والاسقاط (ومنها) اذا أعطينا الأمان لمشارك فى حصن ليفتحه

لنا ففعل، ثم اشتبه علينا وادعى كل منهم انه المستأمن فقيه وجهاً. أحدهما وهو المنصوص في رواية ابن هاني، أنه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعاً. والثاني يخرج أحدهم بالقرعة فيكون حراً ويرق الباقي وحكي ذلك عن أبي بكر والخرق لأن القرعة تميز الحر من العبد عند الاشتباه، ولو كان حراً الأصل كما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده ثم مات ولم يوجد قافة فأنانقرع بينهما للحرية وإن كان حراً الأصل. ومن نصر الأول قال إرقاق الباقي هنا يؤدي إلى ابتداء الإرقاق مع الشك في إباحته بخلاف من أعتق أحد عبيد، واشتبه عليه فإنه ليس فيه سوى استدامة الإرقاق مع الشك في زواله فالاستدامة تبقيه على الأصل الذي لم يتحقق زواله والابتداء نقل عن الأصل المتحقق مع الشك في إباحته، نعم لو كان المعطى للامان امرأة واشتبهت علينا لتوجه جواز إرقاق النساء سوى واحدة بالقرعة لأن النساء يصرن إرقاء بنفس السبي فقد اشتبه هاهنا الرقيق بحر الأصل كمشكلة الإقرار باليمين، وكذلك لو أسلم واحد من حصن قبل فتحه ثم فتحناه وادعى كلهم انه المسلم فانه يخرج بالقرعة واحد فلا يسترق ويسترق الباقي لأنهم إنما أسلموا بعد القهر وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص فتدأشبه هاهنا الحر بمن يثبت استرقاقه، فيميز بالقرعة وجعل أصحابنا حكم هذه المسئلة حكم مسئلة دعوى الأمان في جريان الخلاف فيها (ومنها) إذا جعلنا مالاً لمن يفتح الحصن فادعى اثنان كل منهما انه الذي فتحه دون الآخر فقال أبو بكر في التنبية فيه قولان أحدهما أن المال بينهما جميعاً لأنهما فيه سوا بدعواهما له. والآخر يقرع بينهما فمن أصابه القرعة كان المال له (ومنها) لو حلف يمين ولم يدر أي الإيمان هي فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه شيء. قال في رواية ابن منصور في رجل حلف يمين لا يدرى ما هي طلاق أو غيره قال لا يجب عليه الطلاق حتى يعلم أو يستيقن، وظاهره أنه لا يلزمه شيء من موجبات الإيمان كلها لأن الأصل براءة الذمة من موجب كل يمين بانفرادها. وتوقف أحد في رواية أخرى قال صالح سألت أبا عن رجل حلف على يمين (١) لا يدرى ما حلف بالله أم بالطلاق أو بالمشي (٢) قال لو عرف اجترأت أن أجيب فيها فكيف إذا لم يدر. وفي المسئلة قولان آخران. أحدهما أنه يقرع بين الإيمان كلها من الطلاق والعناق والظهار واليمين بالله فما خرج بالقرعة لزمه مقتضاه، وهو بعيد لما يتضمنه من إيقاع الطلاق والعناق بالشك ولكنه احتمال ذكره ابن عقيل في فتونه. وذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه استمى في هذه المسئلة فتوقف فيها ثم نظر فاذا قياس المذهب أنه يقرع بين الإيمان كلها من الطلاق والعناق والظهار واليمين بالله فأى يدين وقعت عليها القرعة فهي المحاوف عليها قال ثم وجدت عن أحمد

(١) في الأصل على عين والتصحيح على التالسية. (٢) في الأصل: وبالمشيئة والتصحيح عنها

ما يقتضى أنه لا يلزمه حكم هذه اليمين وذكر رواية ابن منصور . والثاني أنه يلزمه كفارة كل يمين لأنه يتيقن وجوب أحدها وشك في عينه وذكره ابن عقيل في فتوئه أيضاً ، وهو متجه فيما إذا علم أنها إحدى الايمان المكفرة ، وأما ان شك هل هي مما يدخله التكفير أو لا فلا يزول شكه بالتكفير المذكور . وفي مسائل ابراهيم الحربي سمعت رجلاً سأل احمد بن حنبل عن يمين حلفها فقال له احمد كيف حلفت فقال له الرجل ليس أدري كيف حلفت فقال احمد حدثنا يحيى بن آدم قال قال رجل لشريك حلفت وليس أدري كيف حلفت فقال له شريك ليتنى إذا دريت أنت كيف حلفت دريت أنا كيف افتيك انتهى . وهذه الرواية يحتمل أن يكون المراد انه لم يدر بما حلف فيكون كرواية صالح السابقة ، ويحتمل أنه لم يدر ما حلف عليه مثل أن يعلم أنه حلف بالطلاق مثلاً ليفعلن شيئاً ونسى ما حلف عليه وهنا قد شك في شرط الطلاق وهو عدمى فلا يلزمه طلاق على المذهب عند صاحب المحرر ، وفيه وجه يحتمل في آخر أوقات الامكان لأن الاصل وجود [ما علق عليه وهو العدم وإن حلف بالطلاق لا يفعل كذا فهنا شرط الطلاق وجردى] (١) وهو الفعل فلا يقع الطلاق بالشك في وجوده وافتي الشيخ تقي الدين فيمن حلف لا يفعل شيئاً ثم نسيه أنه لا يحتمل لأنه عاجز عن البر وهو يرجع إلى الوجه المذكور في الصورة الاولى (ومنها) إذا تناضل حزبان واقتسموا الرجال بالاختيار واختافوا في البادى بالاختيار من كل حزب أقرع بينهم لذلك ، وكذلك إذا اختلفت الرماة في المبتدى بالرامي وتشاحوا أقرع بينهم في قياس المذهب قال الامدى واختار القاضى أنه يقدم من أخرج السبق فان لم يكن أقرع بينهم واختار صاحب الترغيب انه لا يصح عقد المناضلة حتى يعين المبتدى فيه بالرمى (ومنها) إذا استوى اثنان من أهل الفء في درجة ففي المجرد يقدم اسنهما ثم أقدمهما هجرة وفي الاحكام السلطانية يقدم بالسابقة في الاسلام ثم بالدين ثم بالسن ثم بالشجاعة ثم ولى الامر مخير إن شاء أقرع بينهما وإن شاء رتبهما على رأيه واجتهاده (ومنها) إذا تنازع الامامة العظمى اثنان وتكافأ في صفات الترجيح قدم أحدهما بالقرعة قال القاضى هذا قياس المذهب كالاذان (ومنها) لو عقدت الامامة لاثنتين في عقدين مترتين وجهل السابق منهما فقال القاضى يخرج على روايتين . إحداهما بطلان العقد فيهما . والثانية استعمال القرعة بناء على ما إذا زوج الوليان وجهل السابق منهما فانه على روايتين كذلك هنا انتهى . ولكن المشهور في حكاية الرواية الاولى في كتاب القاضى وأصحابه أنه يفسخ النكاحان وقياس هذا أنه يفسخ العقدان لأنهما يبطلان من غير فسخ (ومنها) اذا ولى الامام قاضيين في بلد

(١) ما بين المربعين من النابلسية وكذا فيما سيأتى

عملاً واحداً وقلنا بصحة ذلك فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان إليه فالقول قول المدعى فان تساويا في الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين اليهما فان استويا أقرع بينهما، وقيل يمنعان من التخاصم حتى يتفقان على أحدهما قال القاضي والأول أشبه بقولنا (ومنها) إذا هجم الخصوم على القاضي دفعة واحدة وتشاحروا في التقدم وليس فيهم مسافر فانه يقدم أحدهم بالقرعة [وكذا إذا ادعى الخصمان عنده معا فانه يقدم أحدهما بالقرعة] (ومنها) القرعة في القسمة إذا عدل القاسم السهام بالأجزاء ان تساوت وبالقائمة ان اختلفت وبالرد فيما يقتضي الرد فانه يقرع بين الشركاء وهو مخير ان شاء كتب اسم كل واحد منهم في رقعة ثم تخلط الرقاع ويخرج على كل اسم رقعة منها، وان شاء كتب اسم كل سهم في رقعة ثم خلطها وأخرج واحدة واحدة كل منهما على اسم واحد من الشركاء فإذا تمت القرعة لزمت القسمة للشركاء. وفيه وجه لا يلزمه فيما فيه رد حتى يتراضيا به بعد القسمة لأنها بيع اذا دخلها الرد فيشترط لها التراضي (ومنها) اذا تداعى اثنان عينا بيد ثالث فافر بها لأحدهما مبهما وقال لا أعلم عينه فانه يقرع بينهما فمن قرع فهي له، وهل يحلف؟ على وجهين ذكرهما أبو بكر. والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين وعليه حمل حديث أبي هريرة إذا أحب الرجلان اليمين أو كرهاها فليستهما عليه لكنه قال إذا كرها اليمين وخرجت القرعة لأحدهما فهي له بغير يمين، ولا فرق بين أن يكون وديعة أو عارية أو رهنا أو بيعاً مردوداً بعيب أو خيار أو غيرهما نص عليه في المردود في رواية ابن منصور. وإن قال من هي في يده ليست لي ولا أعلم لمن هي؟ ففيها ثلاثة أوجه. أحدها يقترعان عايباً كما لو اقر بها لأحدهما بهما. والثاني يجعل عند أمين الحاكم. والثالث تقر في يد من هي في يده والأول ظاهر كلام الامام أحمد في رواية صالح وأبي طالب وأبي النصر وغيرهم. والوجهان الآخران مخرجان من مسألة من هي في يده شيء معترف بأنه ليس له ولا يعرف مالكة فادعاه معين فهل يدفع اليه أم لا؟ وهل تقر يد من هو في يده أم ينتزعه الحاكم فيه خلاف (ومنها) إذا تداعى اثنان عينا ليست في يد أحد [هما] ففيها وجهان. أحدهما يقسم بينهما كالتي بأيديهما. والثاني يقرع بينهما فيعطى لمن قرع كما لو كانت يد ثالث وهو ظاهر كلام أحمد في رواية صالح في اثنين تداعيا كيساً ليست أيديهما عليه أنهما يستتمان عليه فمن خرج سهمه فهو له مع يمينه ولم يفرق بين أن يكون في يد غيرهما أولاً يكون في يد واحد منهما (ومنها) إذا تعارضت البيتان ففي المسئلة ثلاث روايات. إحداهن يسقطان بالتعارض ويصيران كمن لا بينة لهما والثانية يستعملان بقسمة العين بينهما بغير يمين. والثالثة يرجح أحدهما بالقرعة فمن قرع حلف وأخذ العين هكذا حكى القاضي في بعض كتبه هذه الرواية وتبعه عليها كثير من الأصحاب وأنكرها في كتاب المجرد

والخلاف وقال انما معناها ان البينتين يسقطان بالتعارض وتصير العين في يد غيرهما المتداعيين فيقرع بينهما على ما تقدم وصرح أحمد بهذا المعنى في رواية حنبل فقال لو أقام البينة جميعا سقطت البينتين جميعاً لأن كل واحدة منهما قد أكذبت صاحبها ويستهمان على اليمين، وحكى ابن شهاب في عيون المسائل رواية أخرى أنه يوقف الأمر حتى يتبين أو يصطالحا عليه، ولو كانت العين المتنازع فيها بيد أحدهما فلا تعارض بل تقدم بيته الخارج في أشهر الروايتين وفي الأخرى بيته الداخل، إلا أن يكون التنازع في سبب اليد بأن يدعى كل منهما أنه اشتراها من زيد أو إتيها منه ويقم بذلك بيته فقيه روايتان أحدهما أنه كينة الداخل والخارج على ما سبق وهي المذهب عند القاضي. والثانية يتمارضان لأن سبب اليد هو نفس المتنازع فيه فلا تبقى مؤثرة لأنهما اتفقا على أن ملك هذه الدار لزيد وعنه هو متلقى فلذلك لم يبق لليد تأثير لأنه قد علم مستنداه وهو الشراء الذي عورض به، وهذه الرواية اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وصاحب المحرر. واختار أبو بكر هاهنا وابن أبي موسى أنه يرجح بالقرعة ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل باع ثوباً فجاء رجل فأقام البينة أنه اشتراه بمائة وأقام الآخر البينة أنه اشتراه بمائتين والبائع يقول بعمته بمائتين والثوب في يد البائع بعد. قال ليس قول البائع بشيء يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو له بالذي ادعى أنه اشتراه به. قلت: فإن كان الثوب في يد أحدهما ولا يدري أيهما اشتراه أول قال لا ينفعه ما في يده إذا كان مقرراً أنه اشتراه من فلان فلا ينفعه ما في يده، والعجب أن القاضي في المجرد حكى هذا النص عن أحمد وذكر أنه أجاب بقسمة الثوب بينهما نصفين ثم تأوله على أنه كان في أيديهما وإنما أجاب أحمد فيه بالقرعة كما ذكرناه وإنما المجيب بالقسمة سفیان الثوري فان اسحاق ابن منصور يذكر لاحد أولا المسألة وجواب سفیان فيها فيجيبه أحمد عنها بعد ذلك بالموافقة أو بالخالفه فربما يشبهه جواب أحمد بجواب سفیان وقد وقع ذلك للقاضي كثيراً فلينبه لذلك وليراجع كلام أحمد من أصل مسائل ابن منصور، ووقع في الارشاد لابن أبي موسى في هذه المسألة كما وقع للقاضي فانه نقل عن أحمد أنه إذا كان الثوب في يد البائع فهو بينهما نصفين وان كان في يد أحدهما أقرع بينهما وهو وهم أيضاً. وذكر الشيخ تقي الدين أن مقتضى المذهب أنه إذا شهدت البيتان بالعقدين أو الاقرارين أو الحكيم ان يصدق البيتان به ان علم السابق والا كان بمنزلة أن تشهد بيته واحدة بالعقدين ولا يعلم السابق منهما فهنا اما ان يقرع أو يبطل العقدان فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به فيقر في يد ذي اليد وتكون الدعوى حينئذ لمن اتقل عنه على صاحب اليد قال وقياس المذهب فيما اذا اشتبه أسبق عقدي البيع أن يفسخهما الا اذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه فانه يقرع لأن من أصلنا أنه إذا اشتبه المالك بغير المالك أو المالك بغير المالك

الملك فأننا نقرع فإذا أمكن فسنسخ العقد ورد كل مال إلى صاحبه فهو خير من حظر القرعة (ومنها) الإقراع في العتق وهو أشهر ماوردت فيه السنة بالإقراع فيه ويندرج تحته صور كثيرة (فمنها) إذا أعتق في مرضه عبيده أو دبرهم ولم يخرجوا من ثلثه فانه يقرع بينهم فيعتق منهم بقدر الثلث نص عليه أحد في رواية جماعة قال القاضي ويكون العتق مراعى فإن مات ولم يحجز الورثة تبين أن الحر منهم اثنان مثلاً وأن العتق كان واقعاً عليهما دون غيرهما ولكهما كانا غير هينين وإنما تميزا وتعيينا بالقرعة كما يتميز ويتعين الحقوق المشتركة في العقار وغيره بالإقراع في القسمة وغيرها ويستثنى من هذا صور لا إقراع فيها ذكرها الأصحاب (أحدها) إذا كان عتق أحد العبدین مرتباً على الآخر بان قال إن أعتقت سالمًا فغانم حر فانه يعتق سالم وحده إذا عتقه ولا يقرع لأن القرعة قد تفضى إلى عتق غانم وحده فيلزمه منه ثبوت المشروط بدون شرطه (والثانية) إذا قال في مرضه أعتقوا سالمًا إن خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ماعتق وقال أيضاً أعتقوا غانمًا إن خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ماعتق قال الأصحاب يعتق من كل واحد نصفه مع تساوى قيمتهما لأنه لم يقصد بالوصية تكميل الحرية في كل واحد فلم يقرع كما لو قال أعتقوا نصف سالم والا فنصف غانم (والثالثة) إذا أعتق أمة حاملاً في مرض موته ولم يتسع الثلث لها ولحملها قالوا لا يجوز الإقراع لأن الحمل تبع لأمه وجزء منها فلا يجوز إفراجه بالعتق دونها والقرعة قد تفضى إلى ذلك ولا إن تعتق هي دون حملها إذا استوعبت قيمتها الثلث لأن الولد تبع لها وعتقه ملازم لعتقها فلا يمكن أن يعتق منها شيء ولا يعتق منه مثله فيتعين أن يعتق منها ومن حملها بالحصصة وذهب على بن أبي موسى إلى أن الإقراع إنما يدخل حيث كان العتق لمبهم غير معين وتشاح العبيد فيه فأما إن كان لمعين فلا إقراع وكذا إن لم يتشاح فيه العبيد وحكى عن أبي بكر في خلافه ما يوافق ذلك فعلى هذا إذا وصى بعتق عبيده ولم يحجز الورثة أعتقوا منهم بمقدار الثلث فإن تشاح العبيد في العتق أقرع بينهم فعتق من وقع عليه سهم الحرية منهم وكذلك لو دبرهم ذكره ابن أبي موسى وذكره أبو بكر فيما إذا شهدت بينة على مريض أنه أعتق عبده هذا وشهدت أخرى أنه أعتق عبده هذا أنه يجب العتق لهما ويتخاص فيه العبدان قال أبو بكر لا القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما حراً والآخر عبداً بمعنى إذا كان العتق لواحد لا للجميع وهذا مناقض لما ذكره ابن أبي موسى في تدبيرهم كلفهم إلا أن نقول تدبيرهم يقع مرقواً مراساً كمنقهم المنجز في مرضه فيعتق منهم من عدم الإجازة قدر الثلث وهو مبهم فيميز القرعة بخلاف ما إذا أعتق عبيدين معينين وهو ضعيف فانه لا فرق بين أن يكون العبيد جميع ماله أو نصفه مثلاً إذا لابد من الرد إلى الثلث وقد نقل ابن منصور عن أحمد فيمن قال في مرضه أعتقوا عني أحد عبي هذين أنه يعتق أحدهما

فان تشاحا في العتق يقرع بينهما وانما قال يعتق أحدهما ابتداء لأنه وصية فالواجب فيها ما يصدق عليه الاسم كما لو وصى بأحدهما لزيد (ومنها) لو أعتق أحد عبده فانه يدين بالقرعة ويخرج وجه آخر انه يعتقه بتعيينه من الرواية السابقة في الطلاق ولو أعتق عبدا من عبده ثم أنسيه أو جهله ابتداء كمسئلة الظائر المشهورة فانه يخرج بالقرعة ايضا ويخرج وجه آخر انه لا يقرع هاهنا من الطلاق وأشار اليه بعض الاصحاب لكن قياس الرواية المذكورة في الطلاق انه يقرع فن خرجت له القرعة عتق ويستدام الملك في غيره إلا أنه لا يستباح وطىء شيء منهن اذا كن إماء ولو قال رجل ان كان هذا الظائر غراباً فعبدى حر وقال آخر ان لم يكن غراباً فعبدى حر وجعل أمره قائم بشروط أنه لا يعتق واحد من العبدین فان اشترى أحد المالكين عبد الآخر فقيه وجهان: أحدهما يعتق ما اشتراه لأن استدانته لا سترقاق عبده اقراراً منه بان عبد صاحبه هو الذي عتق فاذا اشتراه نفذ اقراره على نفسه فعتق عليه. والثاني أنه يعتق أحدهما غير معين ثم يميز بالقرعة وهو أصح لأن تمسكه بعبده انما كان استصحاباً للأصل لا غير وأما الولاء فعلى الوجه الأول هو موقوف حتى يتصادق على أمر يتفقان عليه وعلى الثاني أن وقعت الحرية على المشتري فكذلك وان وقعت على عبده فولأؤده ويتوجه ان يقال يقرع بينهما فمن قرع فالولاء له كما تقدم مثل ذلك في الولد الذي يدعيه أبوان وأولى لأن هاهنا انما عتق على واحد غير معين وهناك يمكن أن يكون الولد لهما وكذلك يقال لو كان عبد بين شريكين موسرين فقال أحدهما ان كان الظائر غراباً فنصبي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فنصبي حر فان العبد يعتق على أحدهما وهو غير معلوم فيميز بالقرعة ويكون له الولاء (ومنها) لو قال لأمته أول ماتادينه حر فولدت ولدين واشتبه أولهما خروجا فانه يميز بالقرعة نص عليه لأن العتق وقع على معين وجهل ابتداء ولو قال أول غلام لي يهاج فزو حر نطاع عبده كلهم أو قال لزوجاته ايتكن طالع أولافى طالق طالعن كلن فنص أحد على انه يميز واحد من العبيد وامرأة من الزوجات بالقرعة في رواية مهنا واختلف الأصحاب في هذا النص فمنهم من حمله على ان اطلاعهم كان مرتباً واشكل السابق فيميز بالقرعة كمسئلة الولادة ومنهم من أقر النص على ظاهره وأنهم طلعوا دفعة واحدة وقال صفة الأولية شاملة لكل واحد منهم بانفراد المعنى انما أراد عتق واحد منهم فميز بالقرعة وهي طريقة القاضى في خلافه وبن الأصحاب من قال يعتق ويطلق الجميع لأن الأولية صفة لكل واحد منهم ولفظه صالح للعموم لأنه مفرد [مضاف] أو يقال الأولية صفة للمجموع لا للأفراد وهو الذى ذكره صاحب المعنى في الطلاق ومنهم من قال لا تطلق ولا يعتق شيء منهم لأن الأول لا يكون إلا فرداً لا تعدد فيه والفردية مشبهة هنا وهو الذى ذكره القاضى وابن

عقيل في الطلاق والسامري وصاحب الكافي ، ويتخرج وجه آخر وهو أنه ان طلع بعدهم من عبيده وزوجاته طلقن وعتقن وإلا فلا بناء على أن الأول هو السابق لغيره فلا يكون أولاً حتى يأتي بعده غيره فيتحقق له بذلك صيغة الأوليّة وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره . وقريب من هذه المسئلة ما ذكره ابن أبي موسى في كتاب العتق فقال واختلف قوله في الرجل يقول لعبيده أيكم جاءني بخبر كذا فهو حر فأتى بذلك الخبر اثنان معاً أو أثار على روايتين قال في أحدهما قد عتق واحد منهم فيقرع بينهم فمن قرع صاحبه فقد عتق وقال في الأخرى فقد عتقا جميعاً انتهى . فأما وجه عتقهما جميعاً فظاهر لأن أياً من صيغ العموم وأما وجه عتق أحدهما بالقرعة فهو أن المتبادر إلى الأفهام من هذا التعليق الخصوص وأنه إنما أريد به عتق واحد يجرى بالخبر فيصير عموم هذا اللفظ عموم بدليله لا عموم شمول فلا يعتق به أكثر من واحدة فإذا اجتمع اثنان على الاثبات بالخبر اعتق أحدهما بالقرعة وليس هذا كما لو قال لزوجاته أيتكن خرجت فهي طالق فإذا خرجن جميعاً طلقن لأن الخروج بالنسبة إلى الجميع سواء وأما الاخبار فالمقصود منه يحصل من أحد المخبرين فلا حاجة إلى الآخر ، ولهذا قلنا على أحد الوجوه وهو قول القاضي أنه لو قال لزوجاته من اخبرني منكن بكذا فهي طالق فاخبرته متفرقات أنه لا يطلق منهن إلا الأولى لأن مقصوده من الاخبار وهو الاعلام حاصل بها . ولهذا لو قال من دخل داري فله درهم فدخل جماعة فلكل واحد منهم درهم ولو قال من جاءني فله درهم فجاءه جماعة فلهم درهم واحد بينهم ذكره القاضي في كتاب أحكام القرآن قال لأن الشرط وجد من الجماعة وجوداً واحداً بخلاف دخول الدار فإن كل واحد وجد منه دخول كامل ، ولو قال رجل من سبق فله كذا فسبق اثنان معاً فقيه وجهان . أحدهما السبق المذكور بينهما كما لو قال من رد ضالتي فله كذا فردها جماعة . والثاني لكل منهم سبق كامل لأنه سابق بانفراده ، وحاصل الأمر في هذا الباب أن المعلق عليه تارة يكون شيئاً واحداً لا تعدد فيه كرد الآبق ونحوه فلا يتعدد الشروط بعدد المحصلين له لأنهم اشتركوا في تحصيل شيء واحد فاشتركوا في استحقاق المرتب عليه وتارة يكون قابلاً للعدد وهو نوعان . أحدهما ما يكون التعدد فيه مقصوداً لدخول الدار ونحوه فيتعدد الاستحقاق على الصحيح كما إذا قال من دخل داري فهو حر أو فله درهم أو فهي طالق وكذلك تجزئ على هذا إذا قال من جاءني فله درهم لأن تعدد الاثنين مطلوب بخلاف ما ذكره القاضي . ومسألة السبق قد يقال هي من هذا النوع وقد يقال السبق إنما حصل من المجموع لا من كل فرد منهم أو كل فرد منهم ليس سابق للباقي بل هو سابق لمن تأخر عنه وهو ساو لمن جاء معه فائتصف بالسبق هو المجموع لا كل فرد منهم فلذلك استحقوا

جملا واحدا وهذا اظهر . والنوع الثاني مالا يكون التعدد فيه مقصودا كالإتيان بالخبر فهل يشترك الآتون به في الاستحقال أم يختص به واحد منهم ويميز بالقرعة فيه الخلاف الذي ذكره ابن أبي موسى . والفني نقله صالح عن أحمد أنه يعتق الجميع ونقل حنبل أنه يعتق واحد منهم بالقرعة ، وحمل أبو بكر رواية صالح على أنه أراد العموم ورواية حنبل على أنه أراد واحدا غير معين وما ذكرنا أشبه . وعلى هذا يتخرج مسألة أو لكن يطلع على إذا قيل إن الأولي صفة لكل واحد من المجتمعين لأن هذا التعليق لم يقصده إلا واحدا غير معين لم يرد به الجميع وأما إن قيل الأولي صفة للمجموع يوجه وقوع العتق والطلاق (ومنها) لو اشتبه عبده بعبده غيره قال القاضي قياس المذهب أنه يعتق عبده الذي يملكه عن واجب وغيره ثم يقرع بينهم فيخرج عبده بالقرعة ، ولو اشتبهت زوجته بأجنب فطلقها فله إخراجها بالقرعة ونكاح البواقي على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع فطلق الجميع ثلاثا أنه يخرج أربعا بالقرعة ثم ينكح البواقي ، ولو اشتبهت اخته بأجنبيات فقال القاضي في خلافه لا يتمتع التميز بالقرعة كما لو زوج إحدى بناته برجل واشتبهت فيهن فانها تميز بالقرعة على المنصوص . وفي عمد الأدلة لابن عقيل لو اختلط عبده بأحرار لم يقرع ولو اختلط من اعتقه وله عتقه ومن لا يملك عتقه إلا بإجازة جاز أن يقرع بينهما لأن القرعة لا تعمل في أكد التحريمين وتعمل في أيسرهما .

فصل

وهذه فوائد تاهن بالقواعد وهي فوائد مسائل مشتمرة فيها اختلاف في المذهب ، ينبني على الاختلاف فيها فوائد متعددة

١- (الأولى) فمن ذلك ما يدركه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها وفي هذه المسئلة روايتان عن الإمام أحمد . أحدهما ما يدركه آخر صلاته وما يقضيه أولها وهو ظاهر المذهب والثانية عكسها ولهذا الاختلاف فوائد (أحدها) محل الاستفتاح فعلى الأولى يستفتح في أول ركعة يقضيها إذ هي أول صلاته نقلها حوب وفي شرح المذهب للقاضي لا يشرع الاستفتاح فيها لفوات محله وعلى الثانية يستفتح في أول ركعة يدركها لأنها أولته نقلها ابن حزم (الفائدة الثانية) التعوذ فعلى الأولى يتعوذ إذا قام للفضلة خاصة وعلى الثانية يتعوذ في أول ركعة يدركها وهذا بناء على قولنا إن التعوذ يختص بأول ركعة فأما على قولنا هو مشروع في كل ركعة فتلغى هذه الفائدة ("مائدة الثالثة") هيئة القراءة في الجهر والاختفات فإذا فاتته الركعتان الأولتان من المغرب أو

العشاء جهر في قضاها من غير كراهة نص عليه في رواية الأثرم وإن لم يهتما وتلفها جهوازه من له الجهر وهذا على الرواية الأولى وعلى الثانية لأجهر ما هنا (الفائدة الرابعة) مقدار القراءة وللصحاب في ذلك طريقان . أحدهما أنه إذا أدرك ركعتين من الرباعية فإنه يقرأ في المقضييتين بالحمد وسورة معها على كلا الروايتين . قال ابن أبي موسى لا يختلف قوله في ذلك وذكر الخليل أنه قوله استقر على ذلك وفي المعنى هو قول الأئمة الأربعة لا نعلم عنهم فيه خلافاً . والطريق الثاني بناءه على الروايتين فإن قلنا ما يقضيه أول صلاته فكذلك والا اقتصر فيه على الفاتحة وهي طريقة القاضي ومن بعده وذكره ابن أبي موسى بخبرهما وقد نص عليه أحمد في رواية الأثرم وأوما إليه في رواية حرب وغيره وانكر صاحب المحرر الطريقة الأولى وقال لا يتوجه إلا على رأي من رأى قراءة السورة في كل ركعة أو على رأي من رأى قراءة السورتين في الآخرتين إذا نفسيهما في الأولتين . قلت وقد أشار أحمد إلى ما حدثنا وهو الاحتياط للتردد فيهما وقراءة السورة ستة موكدة فيحتاج لها أكثر من الاستفتاح والاستعادة ولو أدرك من الرباعية ركعة واحدة فإن قلنا ما يقضيه أول صلاته قرأ في الأولتين من الثلاثة بالحمد وسورة وفي الثالثة بالحمد وحدها . ونقل عنه الميخوني يحتاج ويقرأ في الثلاث بالحمد وسورة قال الخليل رجع عنها أحمد .

(الفائدة الخامسة) قنوت الوتر إذا أدركه المسبوق مع من يصلي الوتر بسلام واحد فإنه يقع في محله ولا يعيده إن قلنا ما يدركه آخر صلاته وإن قلنا أولها أعاده في آخر ركعة يقضيها .

(الفائدة السادسة) تكبيرات العيد الزوائد إذا أدرك المسبوق الركعة الثانية من العيد فإن قلنا هي أول صلاته كبر خمسا في المقضية وإلا كبر سبعا (الفائدة السابعة) إذا سبق ببعض تكبيرات صلاة الجنازة فإن قلنا ما يدركه آخر صلاته تابع الإمام في الذكر الذي هو فيه ثم قرأ في أول تكبيرة يقضيها وإن قلنا ما يدركه أول صلاته قرأ فيها بالفاتحة (الفائدة الثامنة) محل التشهد الأول في حق من أدرك من المغرب أو الرباعية ركعة وفي المسئلة روايتان . أحدهما يشهد عقيب قضاء ركعة . والثانية عقيب ركعتين نقلها حرب . والأولى اختيار أبي بكر والقاضي وذكر الخليل أن الرويات استقرت عليها ، واختلاف في بناء الروايتين فقل على الروايتين في أصل المسئلة أن قلنا ما يقضيه أول صلاته لم يجلس إلا عقيب ركعتين وإن قلنا هو آخرها تشهد عقيب ركعة لأنها ثانيته وهذه طريقة ابن عقيل في فصوله وأوما إليها أحمد في رواية حرب . وقيل إن الروايتين على قولنا ما يدركه آخر صلاته وهي طريقة صاحب المحرر وغيره ونص أحمد على ذلك صريحا في رواية عبد الله والبراق مفرقا بين القراءة والتشهد وعلل في رواية عبد الله بأنه

احتاط بالجمع من مذهب ابن مسعود في الجلوس عقيب ركعة وهو مذهب ابن عمر في القراءة في الركعتين وقد صح عن ابن مسعود انه يجلس عقيب ركعة مع قوله ان ما ادركه مع الامام آخر صلاته نقله عنه احمد . وزعم صاحب المختار ان الكل جائز ويرده ما نقله منها عن احمد انه اذا جلس عقيب ركعتين سجد للسجود فجعله كتارك التشهد الاول ، وما يحسن تخريجه على هذا الخلاف ولم نجده منقولا تطويل الركعة الاولى على الثانية وترتيب السورتين في الركعتين فأما رفع اليدين اذا قام من التشهد الاول اذا قلنا باستحبابه فيحتمل أن يرفع اذا قام الى الركعة المحكوم بانها ثلثه سواء قام عن تشهد أو غيره ويحتمل ان يرفع اذا قام من تشهده الاول المعتقد به سواء كان عقيب الثانية أو لم يكن لانه محل هذا الرفع هو القيام من هذا التشهد فيتبعه حيث كان وهذا اظهر والله اعلم

٢- (الثانية) الزكاة هل تجب في عين النصاب أو ذمة مالكه . اختلف الاصحاب في ذلك على طرق . (احداها) ان الزكاة تجب في العين رواية واحدة وهي طريقة ابن ابي موسى والقاضي في المجرد (والثانية) ان الزكاة تجب في الذمة رواية واحدة وهي طريقة ابي الخطاب في الاتصاف وصاحب التلخيص متبعة للخرقي (والثالثة) انها تجب في الذمة وتعلق بالنصاب وقع ذلك في كلام القاضي وابي الخطاب وغيرهما وهي طريقة الشيخ تقي الدين (والرابعة) أن في المسئلة روايتين . احدهما تجب في العين والثانية في الذمة وهي طريقة كثير من الاصحاب المتأخرين وفي كلام ابي بكر في الشافعي ما يدل على هذه الطريقة ولكن آخر كلامه يشعر بتنزيل القولين على اختلاف حالين وهما يسار المالك واعساره فان كان موسرا وجبت الزكاة في ذمته وان كان معسرا وجبت في عين ماله وهو غريب وللأختلاف في محل التعلق هل هو العين أو الذمة فوائد كثيرة (الاولى) اذا ملك نصابا واحدا ولم يؤد زكاته احوالا فان قلنا الزكاة في العين وجبت زكاة الحول الاول دون ما بعده ونص عليه احمد واختاره اكثر الاصحاب لأن قدر الزكاة زال الملك فيه على قول وعلى آخر ضعف الملك فيه لاستحقاق مملكته والمستحق في حكم المؤدى فصار كالمندور سواء فان المندور يجوز عندنا ابداله بمثله وهذا كذلك وان قلنا الزكاة في الذمة وجبت لكل حول إلا إذا قلنا ان دين الله عز وجل يمنع الزكاة وقال السامري يتكرر زكاته لكل حول على القولين وتأول كلام احمد بتأويل فاسد وهذا فيما كانت زكاته من جنسه فاما ان كانت من غير جنسه كالابل المزكاة بالغنم تكررت لكل حول على كلا القولين نص عليه معللا بانه لم يستحق اخراج جزء منه فيبقى الملك فيه تاماً وهذا ما ذكره الخلال وابن ابي موسى والقاضي والا كثرون وذكر الشيرازي في المبعج انه كالاول لا يجب سوى زكاة واحدة ومتى استأصلت الزكاة المال سقطت بعد ذلك صريح به في التلخيص ونص احمد في رواية منها على

وجوبها في الدين بعد استغراقه بالزكاة، فاما ان يحمل ذلك على القول بالوجوب في الذمة واما ان يفرق بين الدين والعين بان الدين وصف حكمي لا وجود له في الخارج فتتعلق ذكاته بالذمة رواية واحدة ولكن نسر. احمد في رواية غير واحدة على التسوية بين الدين والعين في امتناع الزكاة فيها بعد الحول الاول، وصرح بذلك ابو بكر وغيره « تنبيه » تعلق الزكاة بالعين مانع من وجوب الزكاة في الحول الثاني وما بعده وهل هو مانع من انعقاد الحول الثاني ابتداء فيه وجهان. احدهما انه مانع منه لقصور الملك فهو كدين الادمى وأولى لتعلقه بالعين وهو قول القاضي في شرح المذهب وصاحب المغنى. والثاني أنه غير مانع من الانعقاد وهو قول القاضي في المجرى وابن عقيل ونقل صاحب المحرر الاتفاق عليه وهو ظاهر ما ذكره الخلال في الجامع واورد عن احمد من رواية حنبل ما يشهد له فلو اخرج الزكاة الاولى من غير النصاب في اثناء الحول الثاني بنى الحول الثاني على الاول من غير فصل بينهما على هذا وعلى الاول يستأنفه من حين الاخراج وينبنى على هذين الوجهين مسألة معروفة في باب الخلطة والله اعلم (الفائدة الثانية) اذا تلف النصاب أو بعضه قبل التمكن من اداء الزكاة وبعد تمام الحول فالمذهب المشهور ان الزكاة لا تسقط بذلك الا زكاة الزروع والثمار اذا تلفت بجائحة قبل القطع فيسقط زكاتها اتفاقا لا تنفاه التمكن من الانتفاع بها وخرج ابن عقيل وجهها بوجوب زكاتها ايضا وهو ضعيف يخالف للاجماع. وعن احمد رواية ثانية بالسقوط فمنهم من قال هي عامة في جميع الاموال ومنهم من خصها بالمال الباطن دون الظاهر ومنهم من عكس ذلك ومنهم من خصها بالمواشي. واختلفوا في ما أخذ الخلاف على طريقين. أحدهما أنه البناء على الخلاف في محل الزكاة فان قيل هو الذمة لم يسقط والا سقطت وهو طريق الحلواني في التبصرة والسامري وقيل إنه ظاهر كلام الخرقى وفي كلام احمد إيماء اليه أيضا. والطريق الثاني عدم البناء على ذلك وهو طريق القاضي والأكثرين فوجه استقرار الوجوب مطلقا انما إن قلنا التعلق بالذمة فظاهر وان قلنا بالعين فلا لزوم وجوبها كان شكرا لنعمه ثم سببها وهو النصاب الباقي النامي وشرطها وهو الحول فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الاجارة وأيضا فمنهم من قال تعلقها بالعين ولا يبقى تعلقها بالذمة فهي كدين الرهن ووجه السقوط مطاقا أنا ان قلنا تعلقها بالعين فواضح كالأمانات والعبد الجاني وان قلنا بالذمة فالوجوب انما يستقر فيها بالتمكن من الفعل كالصلاة على رواية، يوضحه أن الزكاة وجبت مساواة لفقراء من المال فيسقط بتلفه وفقير صاحبه واختار السقوط مطلقا صاحب المغنى (الفائدة الثالثة) اذا مات من عليه زكاة ودين وضاعت التركة عنهما

فالمنصوص عن أحدهما يتحاضن نقله عنه أحمد بن القاسم وحرب ويعقوب بن بختان . واختلف
الأصحاب في ذلك فمنهم من أقر النص على ظاهره وأجرى المحاصة على كلا القولين في محل الزكاة
لأننا إن قلنا هو الذمة فقد تساوى في محل التعلق وفي أن كلا منهما حقاً لآدمي وتمتاز الزكاة بانها من
حق الله عز وجل وإن قلنا العين فدين الآدمي يتعلق بعد موته بالتركة أيضاً في تساويان وهذه طريقة
إلى الخطاب وصاحب المحرد، ومنهم من حمل النص بالمحاصة على القول بتعلق الزكاة بالذمة
لاستوائها في محل التعلق فأما على القول بتعلقها بالنصاب فتقدم الزكاة لتعلقها بالعين كدين الرهن
وهذه طريقة القاضي في المجرد والسامري. وفي كلام أحمد إيماء إليها ومن الأصحاب من وافق على هذا
البناء لكن بشرط أن يكون النصاب موجوداً إذ لا تعلق بالعين إلا مع وجوده فأما مع تلفه فالزكاة
في الذمة فيساوي دين الآدمي وهذا تخريج في المجرد مع أن صاحبه ذكر في شرح الهداية أن النصاب
متى كان موجوداً قدمت الزكاة سواء قلنا بتعلق بالعين أو بالذمة لا تعلق بسبب المال يزداد بزيادته
وينقص بنقصه ويختلف باختلاف صفاته والزكاة من قبل مومن المال وحقوقه ونوائبه فيقدم كذلك
على سائر الديون ، وحمل نص أحمد بالمحاصة على حالة عدم النصاب . فاما ان كان المالك حياً وافلس
فظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم انه يقدم الدين على الزكاة لأن تأخر اخراج الزكاة سائق
للعدر وهو محتاج هاهنا الى اسقاط مطالبة الآدمي له وملازمته وحبسه فيكون عذراً له في التأخر
بخلاف ما بعد الموت فانه لو قدم دين الآدمي لفاتت الزكاة بالكلية وظاهر كلام القاضي
والاكثرين أنه تقدم الزكاة حتى في حالة الحجر وهذا قد ينزل على القول بالوجوب في العين إلا أن
صاحب شرح الهداية صرح بتقديمها على كلا القولين مع بقاء النصاب كقوله فيما بعد الموت على ما سبق
(الفائدة الرابعة) اذا كان النصاب مرهوناً ووجبت فيه الزكاة فهل تؤدي زكاته منها هاهنا حالتان .
إحداهما أن لا يكون له مال غيره يؤدي منه الزكاة فتؤدي الزكاة من عينه صرح به الخريقي والأصحاب
وله مأخذان . أحدهما أن الزكاة ينحصر تعلقها بالعين ودين الرهن يتعلق بالذمة والعير فيقدم عند
التزاحم ما اختص تعلقه بالعين كما يقدم حق الجاني على المرتين اذا لحق المنحصر في العين يفوت
بفواتها بخلاف المتعلق بالذمة مع العين فانه يستوفي من الذمة عند فوات العين وهذا مأخذ
القاضي وفيه ضعف فان الزكاة عندنا لا تسقط بتلف النصاب مطلقاً بل تتعلق بالذمة حينئذ فهي اذا
كدين الرهن ، والاظهر في هذا ان يقال تعاق الزكاة قهرى وتعلق الرهن اختياري والقهرى اقوى
كالجناية أو يقال هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجي والتعلق بسبب المال يقدم كجناية
العبد المرهون على هذا المأخذ متى قيل يتعاق الزكاة بالذمة خاصة لم يقدم على حق المرتين اتعلقه بالعين

وصرح به بعض المتأخرين و لما أخذ الثاني ان النصاب سبب دين الزكاة يقدم دينها عند مزاحمة غيره من الديون في النصاب كما يقدم من وجد عين ماله عند رجل افلس وهذا مأخذ صاحب التلخيص وعلى هذا فلا يفرق الحال بين قولنا تتعلق الزكاة بالذمة او بالعين . الحالة الثانية ان يكون للمالك مال يؤدي منه الزكاة غير الرهن فليس له اداء الزكاة منه بدون اذن المرتهن على المذهب وذكره الخرق ايضا لان تتعلق حق المرتهن مانع من تصرف الراهن في الرهن بدون اذن والزكاة لا يتعين إخراجها منه وذكر السامري انه متى قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله إخراجها منه ايضا لانه تعالى قهرى وينحصر في العين فهو كحق الجناية (الفائدة الخامسة) التصرف في النصاب أو بعضه بعد الحول بيع أو غيره والمذهب صحته ونص عليه احمد قال الاصحاب وسواء قلنا الزكاة في العين أو في الذمة وذكر ابو بكر في الشافى انا ان قلنا الزكاة في الذمة صح التصرف مطلقا وان قلنا في العين لم يصح التصرف في مقدار الزكاة وهذا متوجه على قولنا ان تتعلق الزكاة تتعلق شركة او رهن صرح به بعض المتأخرين وترك ابو بكر على هذا الاختلاف الروايتين المنصوصتين عن احمد في المرأة اذا وهبت زوجها مهرها الذي لها في ذمته فهل تجب زكاته عليه أو عليها قال فان صح حنابلة المهر بجميعه فعلى المرأة إخراج زكاته من مالها وان صح حنابلة المهر فيما عدا مقدار الزكاة كان قدر الزكاة حقا للمساكين في ذمة الزوج فيلزمه أدائه اليهم ويسقط عنه بالهبة ما عداه وهذا بناء غريب جداً . وعلى المذهب فلو باع النصاب كله تعلقت الزكاة بذمته حيثئذ بغير خلاف كما لو تاف فان حجز عن أدائها فطريقان . أحدهما ما قاله صاحب شرح الهداية ان قلنا الزكاة في الذمة ابتداء لم يفسخ البيع كما لو وجب عليه دين لآدمي وهو موسر فباعه ثم أعسر وان قلنا في العين ففسخ العقد في قدرها تقدماً لحق المساكين لسبقه . والثاني ما قاله صاحب المغنى انها تنعین في ذمته كسائر الديون بكل حال ثم ذكر احتمالاً بالفسخ في مقدار الزكاة من غير بناء على محل التعلق (الفائدة السادسة) لو كان النصاب غائباً عن مالكه لا يقدر على الإخراج منه لم يلزمه إخراج زكاته حتى يتمكن من الأداء منه نص عليه أحمد في رواية منها وصرح به الشيخ محمد الدين في موضع من شرح الهداية لأن الزكاة مواساة فلا يلزم أدائها قبل التمكن من الانتفاع بالمال المواسى منه ، ونص احمد في رواية ابن تواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه انه لا يلزمه أداء زكاته حتى يقبضه لأن عوده ورجوعه بخلاف التالف بعد الحول وهذا لعله يرجع الى ان اداء الزكاة لا يجب على الفور . وقال القاضي وابن عقيل يلزمه أداء زكاته قبل قبضه لأنه في يده حكماً ولهذا يتلف من ضمانه بخلاف الدين الذي في ذمة غريمه وكذلك ذكر صاحب شرح الهداية في موضع آخر وأشار في موضع

الى بناء ذلك على محل الزكاة فان قلنا الذمة لزمه الاخراج عنه من غيره لان زكاته لا تسقط بتلفه بخلاف الدين وان قلنا العين لم يلزمه الاخراج حتى يتمكن من قبضه والصحيح الاول ووجوب الزكاة عن الغائب اذا تلف قبل قبضه . يخالف الكلام احمد (الفائدة السابعة) اذا أخرج رب المال زكاة حقه من مال المضاربة منه فهل يحسب ما اخرج من رأس المال ونصيبه من الربح أم من نصيبه من الربح خاصة على وجهين معروفين بناهما بعض الأصحاب على الخلاف في محل التعلق فان قلنا الذمة فهي محسوبة من الأصل والربح كقضاء الديون وان قلنا العين حسبت من الربح كالمؤونة لان الزكاة إنما تجب في المال النامي فيحتسب من نمائه ، ويمكن أن ينبنى على هذا الأصل ايضا الوجهان في جواز اخراج المضارب زكاة حصته من مال المضاربة فان قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله الاخراج منه والا فلا وفي كلام بعضهم ايماء الى ذلك واما حق رب المال فليس للمضارب تزكيته بدون اذنه نص عليه في رواية المروذي اللهم الا ان يصير المضارب شريكا فيكون حكمه حكم سائر الخلاء والله اعلم .

٣- [الثالثة] المستفاد بعد النصاب في اثناء الحول ، هل يضم الى النصاب او يفرد عنه ؟ اذا استفاد مالا زكويًا من جنس النصاب في اثناء حوله فانه يفرد بحول عندنا ولكن هل نضمه الى النصاب في العدد ونخلطه به ويزكيه زكاة خاطئة أو يفرده بالزكاة كما أفرده بالحول فيه ثلاثة اوجه (أحدها) أنه يفرده بالزكاة كما يفرده بالحول وهذا الوجه يختص بما اذا كان المستفاد نصابا أو دون نصاب ولا يعتبر فرض النصاب أما ان كان دون نصاب وتغير فرض النصاب لم يتأت فيه هذا الوجه صرح به صاحب شرح الهداية لانه مضموم الى النصاب في العدد فيلزمه حينئذ جعل ماليس بوقص في المال وقصا وهو ممتنع ويختص هذا الوجه أيضا بالحول الاول دون ما بعده لان ما بعد الحول الاول تجتمع مع النصاب في الحول كله بخلاف الحول الاول صرح بذلك غير واحد وكلام بعضهم يشعر باطراده في كل الاحوال وصرح القاضي ابو يعلى الصغير بحكاية ذلك وجها . والوجه الثاني أنه يزكى زكاة خلطه وصححه صاحب شرح الهداية كما لو اختلط نفسان في اثناء حول وقد ثبت لاحدهما حكم الانفراد فيه دون صاحبه وزعم أن صاحب المغنى ضعفه فيه وانما ضعف الاول . والوجه الثالث أنه يضم الى النصاب فيزكى زكاة ضم وعلى هذا فهل الزيادة كنصاب منفرد أم الكل نصاب واحد على وجهين . أحدهما أنها كنصاب منفرد ولولا ذلك لزكى النصاب عقيب تمام حوله بحصته من فرض المجموع ولم يزك زكاة انفراد وهذا قول ابي الخطاب في انتصاره وصاحب المحرر . والثاني أنه نصاب واحد وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى

وهو الأظهر وإنما زكاة النصاب زكاة انفراد لا انفراده في أول حوله الأول بخلاف الحول الثاني وما بعده فعلى هذا إذا تم حول المستفاد وجب اخراج بقية المجموع بكل حال لأنه بكمال حوله يتم حول الجميع . فيجب تنمة زكاته ولا يكون ذلك عن المستفاد بخصوصه ، وعلى الأول إذا تم حول المستفاد وجب فيه ما بقى من فرض الجميع بعد إسقاط ما أخرج عن الأول منه إلا أن يزيد بقية الفرض على فرض المستفاد بانفراده أو نقص عنه أو يكون من غير جنس فرض الأول فإنه يتعذر هاهنا وجه الضم ويتعين وجه الخلطة ويلغو وجه الانفراد أيضا على ما سبق وبهذا كله صرح صاحب شرح الهداية وبناء على أن المخرج عن المستفاد بخصوصيته . ويظهر فائدة اختلاف هذين الوجهين في أنواع ثلاثة (النوع الأول) أن يكون تنمة فرض زكاة الجميع أكثر من فرض المستفاد لخصوصية مثل أن يملك خمسين من البقر ثم ثلاثين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه مسنة فإذا تم حول الثانية فعليه مسنة أخرى على الوجه الثاني وهو الأظهر وعلى الأول يمتنع الضم هنا لتلايؤول إلى إيجاب مسنة عن ثلاثين ويجب إما تنيع على وجه الانفراد أو ثلاثة أرباع مسنة على وجه الخلطة . (النوع الثاني) أن تكون تنمة الواجب دون فرض المستفاد بانفراده مثل أن يملك ستاً وسبعين من الإبل ثم ستاً وأربعين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه ابتالبون فإذا تم حول الثانية فعلى الوجه الثاني يلزم تمام فرض المجموع وهو بنت لبون وعلى الأول يمنع ذلك لأن فرضه على الانفراد حقة فيزى ما على الخلطة أو الانفراد . وهذا بعيد فإن وجه الضم إذا اعتبر مع كون المستفاد يصير وقصا محضا يضعه إلى النصاب إن كان فيه زكاة بانفراده وكيف لا يعتبر إذا كان فرضه دون فرضه بانفراده .

(النوع الثالث) أن يكون فرض النصاب الأول المخرج عند تمام حوله من غير جنس فرض المجموع أو نوعه مثل أن يملك عشرين من الإبل ثم خمسا بعدها فعلى الوجه الأول يمتنع الضم هاهنا لتعذر طرح المخرج عن الأول من واجب الكل وعلى الثاني وهو الأظهر يجب اخراج تنمة الزكاة وإن كان من غير الجنس لضرورة اختلاف الحولين لاسيما ونحن على أحد الوجهين نجبر بتشقيص الفرض لغير ضرورة كاخراج نصفى شاة عن أربعين أو حقتين وبتى لبون ونصفا عن مائتين من الإبل فهاهنا أولى . وعلى هذا فقد يتفق وجه الخلطة ووجه الضم على هذا التقدير حيث لم تكن زكاة الخلطة مفضية إلى زيادة الفرض أو نقصه ، وقد يحتج أن حيث أدى الاتفاق إلى أن لا يكون من وجهين أن وجه الضم لا يوجب على الوجهين فيما إذا كان المستفاد خمسا من الإبل حدث من اجتماعهما وقص فيزى كما تقدم وهو أن يأخذ فرض الجميع فيخرج عند تمام حول المستفاد حصته منه ويتفق منها وجه الضم والخلطة فيوجب على الوجهين فيما إذا كان المستفاد خمسا من الإبل

(٤٨ - قواعد)

بعد عشرين خمس بنت مخاض وهو مقارب لشاة فان الشارع أوجب أربع شياه في عشرين وبنت مخاض في خمس وعشرين فتكون مقدرة في خمس شياه وكذا لو استفاد عشرة من البقر بعد ثلاثين فانه يجب للزيادة ربع سنة لان التيسع مقابل لثلاثة أرباع سنة والمسنة تعدل تيمما وثلاثا أبدا . (الضرب الثاني) أن يكون في المال وقص أمالة اجتماعه أو حالة انفراده فقط فيختلف هاهنا وجه الضم والخلطة فاننا على وجه الضم نجمع من النصاب الأول ما يتعلق به الفرض منه ويضم اليه تنمة نصاب المجموع من الباقي ثم يأخذ من فرض المجموع حصة هذه التنمة وهي بقية ما يتعلق به الفرض من مجموع المال ويجعل الباقي من المال إن بقي منه شيء كالمعدوم، فمثال ذلك والوقص موجود حالة الاجتماع لو ملك عشرين من الابل ثم تسعاً منها فاذا تم حول الثانية ضمنت الى العشرين الأولى خمساً تكن خمسة وعشرين فرضها بنت مخاض وقد أخرجنا عن العشرين أربع شياه فيخرج عن الباقي خمس بنت مخاض ، وعلى وجه الخلطة يخرج عنها تسعة اجزاء من أصل تسعة وعشرين جزءاً من بنت مخاض ومثال الوقص موجود حالة الانفراد فقط لو ملك أربعة عشر من الابل ثم أحد عشر بعدها فاذا تم حول الأولى فعليه شاتان فاذا تم حول الثانية ضمها الى عشرة من الابل تنمة النصاب وهي عشر فاجبنا فيها ثلاثة أخماس بنت مخاض لان فيهما جميعاً وقصا لم يؤد عنه والمال عند الاجتماع لا وقص فيه فيجب تادية زكاته كله اذا كان قد أخرج عن بعضه وجب الاخراج عن جميع ما لم يخرج عنه منه وعلى وجه الخلطة يجب في الزيادة وحدها خمساً من بنت مخاض وخمس خمس بنت مخاض فاذا تعذر هذا فاستفاد لا يخلو من أربعة أقسام . (الأول) أن يكون نصاباً معبراً للفرض مثل أن يملك أربعين شاة ثم إحدى وثمانين بعدها ففي الأربعين شاة عند حولها فاذا تم حول الثانية فوجهان أحدهما فيها شاة أيضاً وهو متخرج على وجهي الضم والانفراد . والثاني فيها شاة واحد وأربعون جزءاً من أصل مائة وأحد وعشرين جزءاً من شاة وهو وجه الخلطة لان ذلك حصة المستفاد من الشاتين الواجبتين في الجميع . وذكر القاضي وابن عقيل وجماعة أن وجه الخلطة هنا كوجه الانفراد يجب فيه شاة أيضاً لئلا يفضى إلى إيجاب زيادة على فرض الجميع . وهو مردود بأنهم أوجبوا بالخلطة زيادة على فرض الجميع في غير هذا الموضع (القسم الثاني) أن تكون الزيادة نصاباً لا يغير الفرض كن ملك أربعين شاة ثم أربعين بعدها ففي الأول إذا تم حولها شاة فاذا تم حول الثانية فثلاثة أوجه . أحدها لا شيء فيها وهو وجه الضم لان الزيادة بالضم تصير وقصاً . والثاني فيها شاة وهو وجه الانفراد . والثالث فيها نصف شاة وهو وجه الخلطة (القسم الثالث) أن تكون الزيادة لا تبلغ نصاباً ولا يغير الفرض كن ملك أربعين من الغنم ثم ملك بعدها عشرين ففي الأول

إذا تم حولها شاة فاذا تم حول الثانية فوجهان . أحدهما لا شيء فيها وهو متوجه على وجهي الضم والافراد . والثاني فيها ثلث شاة وهو وجه الخلطة (القسم الرابع) أن لا تبلغ الزيادة نصاباً وتغير الفرض كن ملك ثلاثين من البقر ثم عشرأ بعدها فاذا تم حول الأولى ففيها تباع فاذا تم حول الزيادة فقال الأصحاب يجب فيها ربع مسنة ولم يذكروا فيها خلافاً ، ومنهم من صرح بنفي الخلاف . كصاحب المحرر وعلل بأن وجه الافراد متعذر لما سبق وكذا وجه الضم لأنه يفضى على أصله إلى استثناء شيء وطرحه من غير جنسه وهو طرح التبيع من المسنة وهو متعذر فتعين وجه الخلطة وأما صاحب الكافي فظاهر كلامه أن هذا متمش على وجه الضم أيضاً بناء على أصله الذي تقدم من أن الكل نصاب واحد وفرضه مسنة وقد أخرج تبعاً وهو يعدل ثلاثة أرباع مسنة فيجب إخراج بقية فرض المال وهو هنا ربع مسنة لأن التبيع يعدل ثلاثة أرباع المسنة كما سبق تقريره فتبيع وربع مسنة يعدل المسنة كاملة

ع — [الرابعة] الملك في مدة الخيار هل ينتقل إلى المشتري أم لا في هذه مسألة روايتان عن الإمام أحمد أشهرهما انتقال الملك إلى المشتري بمجرد العقد وهي المذهب الذي عليه الأصحاب (والثانية) لا ينتقل حتى ينقضى الخيار فعلى هذه يكون الملك للبائع ومن الأصحاب من حكي أن الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري وهو ضعيف وللروايتين فوائد عديدة (منها) وجوب الزكاة فاذا باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولاً فزكاته على المشتري على المذهب سواء فسخ العقد أو أمضى وعلى الرواية الثانية الزكاة على البائع إذا قيل الملك باق له (ومنها) لو باعه عبداً بشرط الخيار وأهل هلال الفطر وهو في مدة الخيار فالفطرة على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) لو كسب المبيع في مدة الخيار كسباً أو نماء منفصلاً فهو للمشتري فسخ العقد أو أمضى وعلى الثانية هو للبائع (ومنها) مؤونة الحيوان والعبد المشتري بشرط الخيار يجب على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) إذا تلف المبيع في مدة الخيار فإن كان بعد القبض أو لم يكن منها فهو من مال المشتري على المذهب وعلى الثانية من مال البائع (ومنها) لو تعيب المبيع في مدة الخيار فعلى المذهب لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري لا تنفاه القبض وعلى الثانية له الرد بكل حال (ومنها) تصرف المشتري في مدة الخيار فلا يجوز إلا بما يحصل به تجربته إلا أن يكون الخيار له وحده كذا ذكر الأصحاب والمنصوص عن أحد في رواية أبي طالب أن له التصرف فيه بالاستقلال وفرق بينه وبين وطء الأمة المشتراة بشرط من وجهين أحدهما أن ذلك فرج فيحتاج له . والثاني أن ذلك شرط وهذا خيار وهذا يدل على جواز تصرفه بما لا يمنع البائع

من الرجوع كالاستخدام والاجارة وانما يمنع من اخراجه من ملكه أو تعريضه للخروج بالرهن والتدبير والسكنابة ونحوها هذا كله على المذهب ، وعلى الرواية الثانية يجوز التصرف للبائع وحده لأنه مالك ويملك الفسخ فان الخيار وقع لغرض الفسخ دون الامضاء فأما حكم نفوذ التصرف وعدمه فالمشهور في المذهب أنه لا ينفذ بحال الا بالعقود ونقل منها وغيره عن أحمد أنه موقوف على انقضاء مدة الخيار هذا إذا كان الخيار لهما فان كان للبائع وحده فكذلك في تصرف المشتري .

الروايتين وحكي ابن أبي موسى رواية أخرى أنه ان أجاز البائع صح والتمن له وان رده بطل البيع وعلى المشتري استرداده فان تعذر فعليه قيمته وان سرق أو هلك فهو من ضمان المشتري فحمل السامري هذه الرواية على أن الملك لم ينتقل الى المشتري وآخرها يبطل ذلك . والصحيح أنها رواية بطلان التصرف من أصلها لسكنها مفرعة أن الفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله فيتبين به أن الملك كان للبائع وعلى أن تصرف الفضولي موقوف على اجازة المالك وان كان الخيار للمشتري وحده صح تصرفه ذكره أبو بكر والقاضي وغيرهما لانقطاع حق البائع هاهنا وظاهر كلام أحمد في رواية حرب أنه لا ينفذ حتى يتقدمه اضاء العقد وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً لقصور الملك فلو تصرف المشتري مع البائع والخيار لهما صح ذكره صاحب المغني والمحرر ، وفي المجرد للقاضي احتمالان هذا كله تفريع على المذهب وهو انتقال الملك الى المشتري ، فاما على الرواية الأخرى فان كان الخيار لهما وللبيع وحده صح تصرف البائع مطلقاً لأن الملك له وهو بتصرفه مختار للفسخ بخلاف تصرف المشتري فانه يختار به الامضاء وحق الفسخ يقدم عليه (ومنها) الوطاء في مدة الخيار فان وطئ المشتري فلا شيء عليه لأن الملك له وان وطئ البائع فان كان جاهلاً بالتحريم فلا حد عليه وان كان عالماً فالمنصوص عن أحمد في رواية منها أنه يجب عليه الحد وهو اختيار أبي بكر وابن حامد والقاضي والاكثرين لأنه وطاء لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك وهو محرم بالاجماع فوجب به الحد كوطئ المرتين ومن الأصحاب من قيد ذلك بأن يعلم أن الملك لا يفسخ بوطئه اما ان اعتقد أنه يفسخ بوطئه فلا حد لأن تمام الوطاء وقع في ملك فتمكنت الشبهة فيه . ومن الأصحاب من حكى رواية ثانية بعدم الحد مطلقاً ومال الى ذلك ابن عقيل وصاحب المغني والمحرر لوقوع الاختلاف في حصول الملك له وفي انفساخ العقد بوطئه بل وبعمدات وطاء فيكون الوطاء حيثئذ في ملك تام وأما على الرواية الثانية فلا حد على البائع وعلى المشتري الخلاف (ومنها) ترتب موجبات الملك من الانعتاق بالرحم أو بالتعلق وانفساخ النكاح ونحوها فتثبت في البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب . وعلى الثانية لا يثبت إلا بعد

انقضائه ، ولو حلف لا يبيع فباع بشرط الخيار خرج على الخلاف أيضاً ذكره القاضى وأبو بكر الشيخ
 محمد بن ذلك وقال بحسنه على الروايتين . فاما الأخذ بالشفعة فلا يثبت في مدة الخيار على الروايتين عند
 أكثر الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية حنبل فمن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر
 بعد ومنهم من علل بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار فلذلك لم تجز المطالبة بها
 في مدته وهو تعليل القاضى في خلافه فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده لثبتت الشفعة
 وذكر أبو الخطاب احتمالاً بثبوت الشفعة مطلقاً إذا قلنا بانتقال الملك إلى المشتري (ومنها)
 إذا باع أحد الشريكين شقصاً بشرط الخيار فباع الشفيع حصته في مدة الخيار فعلى المذهب يستحق
 المشتري الأول انتزاع شقص الشفيع من يده مشتريه لأنه شريك الشفيع حالة يده وعلى
 الثانية يستحق البائع الأول لأن الملك باق له (ومنها) لو باع الملتقط اللفظة بعد الحول بشرط
 الخيار ثم جاء بها في مدة الخيار فإن قلنا لم ينتقل الملك فالرد واجب وإن قلنا بانتقاله فوجهان .
 المجزوم به في الكافي الوجوب (ومنها) لو باع محل صيدا بشرط الخيار ثم أحرم في مدته فإن قلنا
 انتقل الملك عنه فليس له الفسخ لأنه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه وإن قلنا لم ينتقل
 الملك عنه فله ذلك ثم إن كان في مدة المشاهدة أرسله والافلا (ومنها) لو باعت الزوجة قبل الدخول
 الصداق بشرط الخيار ثم طلقها الزوج فإن قلنا الملك انتقل عنها ففي لزوم استردادها وجهان وإن
 قلنا لم يزل فيها استرده وجهها واحداً (ومنها) لو باع أمة بشرط الخيار ثم فسخ البيع وجب على البائع
 الاستبراء على المذهب وعلى الثانية لا يلزمه لبقاء المالك (ومنها) لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها
 في مدته فإن قلنا الملك لم ينتقل إليه لم يكفه ذلك الاستبراء وإن قلنا بانتقاله ففي الهداية والمغنى يكفي
 وفي الترغيب والمحرر وجهان لعدم استقرار الملك

هـ - [الخامسة] الاقالة هل هي فسخ أو بيع في المسألة روايتان منصوصتان اختار الخرقى والقاضى
 والا كثرون أنها فسخ وحكاها القاضى عن أبي بكر وفي التنبيه لأبي بكر التصريح باختياره أنها بيع
 ولهذا الخلاف فوائد عديدة (الأولى) إذا تقابلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه فيجوز
 على قولنا هي فسخ ولا يجوز على الثانية إلا على رواية حكاهما القاضى في المجرد في الاجارات أنه يصح
 بيعه من بانه خاصة قبل القبض (الفائدة الثانية) هل يجوز في المكيل والموزون بغير كيل ووزن
 إن قلنا هي فسخ جازت كذلك وإن قلنا هي بيع فلا هذه طريقة أبي بكر في التنبيه والقاضى والاكثرين .
 وحكى عن أبي بكر أنه لا بد فيها من كيل فان على الروايتين كما أن الفسخ في النكاح يقوم مقام
 الطلاق في إحصاء العدة (الفائدة الثالثة) إذا تقابلا بزيادة على الثمن أو نقص منه أو بغير جنسي

الثنان فان قلنا هي فسخ لم يصح لأن الفسخ رفع للعقد فتبين اذاً أن للموعنين على وجههما كالود بلا عيب وغيره وان قلنا هي بيع فوجهان حكاهما أبو الخطاب ومن بعده . أحدهما يصح وقاله القاضي في كتابه الروايتين كسائر البيوع . والثاني لا يصح وهو المذهب عند القاضي في خلافه ، وصححه السامري لأن مقتضى الاقالة رد الأمر الى ما كان عليه ورجوع كل واحد الى ماله فلم يجوز بأكثر من الثمن وان كانت يما فيبيع التولية وهذا ظاهر ما نقله ابن منصور عن أحمد في رجل اشترى سلعة فندم فقال اقلى ولك كذا وكذا قال أحمد اكره أن يكون ترجع اليه سلعته ومعها فضل الا أن يكون تسعرت السوق أو تاركا البيع فباعه يباعاً مستأنفاً فلا بأس به ولكن ان جاء الى نفس البيع فقال اقلى فيها ولك كذا وكذا فهذا مكروه فقد كره الاقالة في البيع الاول بزيادة بكل حال ولم يجوز الزيادة الا اذا أقر البائع بحاله وتبايعاه يما مستأنفاً اذا تسعرت السوق جازت الاقالة بنقص في مقابلة نقص السعر وكذا لو تغيرت صفة السلعة وأولى ونص في رواية أحمد بن القاسم وسندي وحنبلي على الكراهة بكل حال نقداً كان البيع أو نسيئة بعد نقد الثمن أو قبله معللاً كشبهة مسائل العينة لأنه ترجع السلعة الى صاحبها ويبقى له على المشتري فضل درهم ولكن محذور الربا هنا بعيد جداً لأنه لا يقصد أحد أن يدفع عشرة ثم يأخذ نقداً خمسة مثلاً لاسياً والدافع هنا هو الطالب لذلك الراغب . ونقل عنه ما يدل على جوازه قال في رواية الأثرم وسأله عن بيع العربون فذكر له حديث عمر فقيل له تذهب اليه قال أي شيء أقول وهذا عن عمر ثم قال ليس كان ابن سيرين لا يرى بأماً أن يرد السلعة الى صاحبها الا اذا كرهها ومعها شيء . ثم قال هذا مثله فقد جعل بيع العربون من جنس الاقالة بربح وهو يري جواز بيع العربون وهذا الخلاف هنا شبيه بالخلاف في جواز الخلع بزيادة على المهر ، فأما البيع المبتدأ فيجوز بأكثر من ثمنه كما نقله عنه ابن منصور وكذلك نقله عنه حرب فيمن باع ثوباً بعشرين وقبضها ثم احتاج اليه فاشتراه باثنين وعشرين نقداً قال لا بأس به ولا يجوز نسيئة ولم ير بأساً أن يشتريه بمثل الثمن نقداً ونسيئة ونقل عنه أبو داود فيمن باع ثوباً بنقد ثم احتاج اليه يشتريه بنسيئة قال اذا لم يرد بذلك الحيلة كأنه لم يرب به بأساً وصرح أبو الخطاب وطائفة من الاصحاب بأن كل بيع وان كان ينفذ لا يجوز لباعه شراؤه بدون ثمنه قبل نقد الثمن ويجوز بعده وكذلك نقل ابن منصور عن أحمد أنه بعد القبض يبيعه كيف شاء (الفائدة الرابعة) تصح الاقالة بلفظ الاقالة والمصالحة ان قلنا هي فسخ ذكره القاضي وابن عقيل وان قلنا هي بيع لم ينعقد بذلك صرح به القاضي في خلافه قال ما يصلح للحل لا يصلح للعقد وما يصلح للعقد لا يصلح للحل فلا ينعقد البيع بلفظ الاقالة ولا الاقالة بلفظ البيع . وظاهر كلام كثير من الاصحاب انعقادها

بذلك وتكون معاطلة (الفائدة الخامسة) إذا قلنا هي فسخ لم يشترط لها شروط البيع من معرفة المتكامل فيه والقدرة على تسليمه وتميزه عن غيره ويشترط ذلك على القول بأنها بيع ذكره صاحب المغنى في التفسير ، ولو تقايلا العبد وهو غائب بعد مضي مدة لان يتغير في مثلها أو بعد إيلاقه واشتباهاه بغيره صح على الأول دون الثاني ولو تقايلا مع غيبة أحدهما بأن طلبت منه الاقالة فدخل للرد لم يرد قال على الفور أفتلك فان قلنا هي فسخ صح وان قلنا هي بيع لم يصح ذكره القاضي وأبو الخطاب في تعليقهما لأن البيع يشترط له حضور المتعاقدين في المجلس ، ونقل أبو طالب عن أحمد صحة قبول الزوج للنكاح بعد المجلس واختاف الأصحاب في تأويلها وفي كلام القاضي أيضا ما يقتضي أن الاقالة لا تصح في غيبة الآخر على الروايتين لأنها في حكم العقود لتوقفها على رضى المتبايعين بخلاف الرد بالغيب والفسخ بالخيار وهل يصح مع تلف السلع على طريقتين ، أحدهما لا يصح على الروايتين وهي طريقة القاضي في موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثاني ان قلنا هي فسخ صححت وإلا لم تصح قال القاضي في موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثاني إن قلنا هي فسخ صححت وإلا لم يصح قال القاضي في موضع من خلافه هو قياس المذهب وفي التلخيص وجهان فلن أصلهما الروايتان اذا تلف المبيع في مدة الخيار (الفائدة السادسة) هل تصح الاقالة بعد النداء للجمعة ان قلنا هي بيع لم تصح والا صححت ذكره القاضي وابن عقيل (الفائدة السابعة) نبي المبيع نماء منفصلا ثم تقايلا فان قلنا الاقالة بيع لم يتبع النماء بغير خلاف وان قلنا فسخ فقال القاضي النماء للمشتري وينبئ تخريجه على الوجهين كالرد بالغيب والرجوع للمفاس (الفائدة الثامنة) باعه نملا حائلا ثم تقايلا وقد اطلع فان قلنا المقابلة بيع فالشجرة ان كانت مؤبرة فهي للمشتري الأول وان لم تكن مؤبرة فهي للبائع الأول وان قلنا هي فسخ تبعت الاصل بكل حال سواء كانت مؤبرة أو لا لأنه نماء منفصل ذكره في المغنى وقد سبقت المسألة في قاعدة النماء (الفائدة التاسعة) هل يثبت فيها خيار المجلس ان قلنا هي فسخ لم يثبت الخيار وان قلنا هي بيع فحق التلخيص يثبت الخيار كسائر العقود ويحتمل عندي أن لا يثبت أيضا لان الخيار وضع للنظر في الحظر والمقيد وعلى دخل على أنه لا حظ له وانما هو متبرع والمستقبل لم يطلب الاقالة بعد لزوم العقد الا بعد ترو ونظر وعلم بأن الحظر له في ذلك ونعم على أن العقد الأول فلا يحتاج بعد ذلك الى مهلة لاعادة النظر والله أعلم (الفائدة العاشرة) هل يرد بالغيب ان قلنا هي بيع ردت به وان قلنا هي فسخ فيحصل أن لا يرد به لان الأصحاب قالوا الفسخ لا يفسخ ويحتمل أن يرد به كما جوزوا فسخ الاقالة والرد بالغيب لأحد الشافعيين وأقوى الشيخ تقي الدين بفسخ النكاح بالغيب في عوضه وبفوات حقه فيه وبإفلاس الزوجة به (الفائدة الحادية عشرة)

الاقالة في المسلم فيه قبل قبضه وفيها طريقان . أحدهما على الخلاف فان قلنا هي فسخ جازت وان قلنا بيع لم يحز وهي طريقة القاضي وابن عقيل في روايتيهما وصاحب الروضة وابن الزاغوني والثانية جواز الاقالة فيه على الروايتين وهي طريقة الاكثرين ونقل ابن المنذر الاجماع على ذلك (الفائدة الثانية عشرة) باعه جزءا مشاعا من أرضه ثم تقايلا فان قلنا الاقالة فسخ لم يستحق المشتري ولا من حدث له شركة في الارض قبل المقابلة شيئا من الشقص بالشفعة وان قلنا هي بيع ثبتت لهم الشفعة وكذلك لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفى الآخر عن شفيعته ثم تقايلا وأراد العافي أن يعود الى الطلب فان قلنا الاقالة فسخ لم يكن لذلك والا فله الشفعة (الفائدة الثالثة عشرة) اشترى شقصا مشفوعا ثم تقايلاه قبل الطلب فان قلنا هي بيع لم يسقط كما لو باعه لغير بائعه وان قلنا فسخ ففسخ لا تسقط أيضا وهو قول القاضي وأصحابه لأن الشفعة استحققت بنفس البيع فلا تسقط بعده وقيل يسقط وهو المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم وهو ظاهر كلام أبي حفص والقاضي في خلافه (الفائدة الرابعة عشرة) هل يملك المضارب أو الشريك الاقالة فيما اشتراه ؟ من الاصحاب من قال ان قلنا الاقالة بيع ملكه والا فلا لأن الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها وهي طريقة ابن عقيل في موضع من فصوله والا كثرون على أن يملكها على القولين مع المصلحة كما يملك الفسخ بالخيار (والخامسة عشرة) هل يملك المقاس بعد الحجر المقابلة لظهور المصلحة ان قلنا هي بيع لم يملكه وان قلنا فسخ فالأظهر أنه يملكه كما يملك الفسخ بخيار أو عيب ولا يتقيد بالاحظ على الأصح لأن ذلك ليس بتصرف مستأنف بل من تمام العقد الاول ولواحقه (الفائدة السادسة عشر) لو وهب الوالد لابنه شيئا فباعه ثم رجع اليه باقالة فان قلنا هي بيع امتنع رجوع الاب فيه وان قلنا هي فسخ فوجهان ، وكذلك حكم المجلس اذا باع السلعة ثم عادت اليه باقالة ووجدتها بائعا عنده (الفائدة السابعة عشرة) باع أمة ثم أقال فيها قبل القبض فهل يلزمه استبرأؤه فيه طريقان . أحدهما قاله أبو بكر وابن أبي موسى إن قلنا الاقالة بيع وجب الاستبراء وان قلنا فسخ لم يجب والثاني أن في المسألة روايتين مطلقا من غير بناء كل هذا الاصل ثم قيل إنه مبني على انتقال الضمان عن البائع وعدمه واليه أشار ابن عقيل وقيل بل يرجع الى أن تجديد الملك مع تحقق البراءة من الحل هل يوجب الاستبراء وهذا أظهر (الفائدة الثامنة عشرة) لو حلف لا يبيع أو لا يبيعن أو علق على البيع طلاقا أو عتقا ثم أقال فان قلنا هي بيع ترتبت عليها احكامه من البر والحنث والا فلا وقد يقال الإيمان تبنى على العرف وليس في العرف أن الاقالة بيع (الفائدة التاسعة عشرة) تقايلا في بيع فاسد ثم حكم الحاكم بفسخ العقد ونفوذه فهل يؤثر حكمه . ان قلنا هي بيع فحكمه بفسخ العقد الاول صحيح

لأن العقد باق وقد نأكد ترتب عقد آخر عايه وإن قلنا هي فسخ لم ينفذ لأن العقد ارتفع بالاقالة
فصار كأنه لم يوجد ويحتمل أن ينفذ وتلغى الاقالة لأنها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم
ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً هذا ظاهر ما ذكره ابن عقيل في عمد الأدلة (الفائدة العشرون) لو باع
ذمي ذمياً آخر خمرأً وقبضت دون ثمنها ثم أسلم البائع وقلنا يجب له الثمن فأقال المشتري فيها فإن
قلنا الاقالة بيع لم يصح لأن شراء المسلم للخمر لا يصح. وإن قلنا هي فسخ احتل أن يصح
فيرفع بها العقد ولا يدخل في ملك المسلم فهي في معنى إسقاط الثمن عن المشتري واحتمل أن لا
يصح لأنه استرداد للملك الخمر كما قل أصحابنا في المحرم أنه لا يسترد الصيد بخيار ولا غيره فإن رد
عايه بذلك صح الرد ولم يدخل في ملكه فيلزمه إرساله. وفي التخييص لو رد العبد المسلم على بايعه
الكافر بعيب صح ودخل في ملكه لأنه قهرى كالارث فيمكن أن يقال في رد الصيد على المحرم
بعيب ورد الخمر على المسلم بالعيب كذلك إذا قلنا يملك بالقبض (الفائدة الحادية والعشرون)
الاقالة هل تصح بعد موت المتعاقدين ذكر القاضي في موضع من خلافه أن خيار الاقالة يبطل
بالموت ولا يصح بعده. وقال في موضع آخر إن قلنا هي بيع صححت من الورثة وإن قلنا فسخ فوجهان
٦- [السادسة] النقود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا في المسئلة روايتان عن أحمد أشهرهما
أنها تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات حتى أن القاضي في تعايقة أنكر ثبوت الخلاف في
ذلك في المذهب والا كثرون أثبتوه ولهذا الخلاف فوائد كثيرة (ومنها) أنه يحكم بملكها للمشتري
بمجرد التعيين فيه كالتصرف فيها وإن تلفت تلفت من ضمانه على المذهب وعلى الرواية الأخرى
لا يملكها بدون القبض وهي قبله ملك البائع وتناف من ضمانه (ومنها) لو بن الثمن مستحقاً فعلى
المذهب الصحيح يبطل العقد لأنه وقع على ملك الغير فهو كما لو اشترى سلعة بمائة مسنحة وعلى
الثانية لا يبطل وله البدل، وهما من مسألة مشتملة على قواعد المذهب وهي إذا غصب بقوداً واتجر
فيها ربح فإن نصوص أحد متفقة على أن الربح للمالك فمن الأصحاب من بناء على القول بوقف
تصرف الغاصب على الاجارة كابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من بناء على أن تصرفات الغاصب
صحيحة بدون اجازة لانه مدة تطول فيشقى استدراكها وفي القضاء يبطلها ضرر عليه وعلى
المالك بتفويته الربح وهي طريقة صاحب التلخيص والصحة عنده مختصة بالنصرف الكثير وأشار
إليه صاحب المغنى وأن ما لم يدركه المالك ولم يقدر على استرجاعه يصح انتصرف فيه بدون انكاره
لهذا المعنى. ومن الأصحاب من بطله على أن الغاصب اشترى في ذمته ثم نقد الثمن وهي طريقة
القاضي في بعض كتبه وابن عقيل في موضع آخر ويشهد لهذا أن المروذي نقل عن أحمد التفرقة

بين الشراء بعين الغصب والشراء في الذمة فتزول نصوصه المطلقة على هذا المقيد وإنما كان الربح للمالك مع أن الشراء وقع للغاصب لانه نتيجة ملك المقتضوب منه وقائده فهو كالمثول من عينه. ويحتمل أن يخرج ذلك على رواية عدم تعيين النقود بالتعيين في العقد فيبقى كالشراء في الذمة سواء (ومنها) إذا بان النقد المعين معيماً فله حالتان. أحدهما أن يكون عيه من غير جنسه فيبطل العقد من أصله نص عليه وذكره الأصحاب وعللوه بأنه زال عنه اسم الدينار والدرهم بذلك فلم يصح العقد عليه كما لو عقد على شاة فبانت حماراً وأوماً اليه أحد في رواية الميموني فقال إن كان ذهباً حمل عليه شيء دخل فيه من الفضة أو النحاس أو خالطه غيره فقد زال عنه اسم الذهب لما دخل فيه وهذا متوجه إذا كان كله أو غالبه كذلك وأما إن كان فيه يسير من غير جنسه فلا يزال عنه الاسم بالكلية فلا ينبغي بطلان العقد هاهنا بالكلية وهذا ظاهر كلام أبي محمد التميمي في خصاله ويحتمل أن يبطل العقد هاهنا لمعنى آخر وهو أن البائع لا يمكن إجباره على قبول هذا وإنما باع بدينار كامل والمشتري لا يجبر على دفع بقية الدينار لانه إنما اشترى بهذا الدينار المتعين فيبطل العقد ويحتمل أن يصح البيع بما في الدينار من الذهب بقسطه من المبيع ويبطل في الباقي وللمشتري الخيار لتبعض المبيع عليه وأصل هذين الاحتمالين الروايتان فيما إذا باعه أرضاً معينة على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة ويحتمل أن يصح البيع كله بدينار ويلزم المشتري بشئ الدينار من غيره ذهباً لأن العقد وقع على دينار كامل فإذا بان دونه وجب اتمامه جمعاً بين المقصدين التعيين والتسمية وأصل هذا الوجه مانص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى سمناً في ظرف فوجد فيه ربا إن كان سمناً عنده سمن أعطاه بوزنه سمناً وإن لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من السمن وإنما فرق بين السمن وخيره لأن السمن شأنه بيع السمن وكأنه باعه به فدار الظرف سمناً وأما غيره فإنما باعه هذا الظرف المعين والنقود من جنس الأول لا الثاني (الحالة الثانية) أن يكون عيها من جنسها ولم ينقص وزنها كالسواد في الفضة فالبائع بالخيار بين الإمسك والفسخ وليس له البدل لتعيين النقد في العقد ومن أمسك فله الأرض إلا في صرفها بحبسها صرح به الحلواني وأبوه وصاحب المحرر وفي بعض نسخ الخرقى ما يقتضيه وظاهر كلام أبي الخطاب خلافه فهذا كله تفريع على رواية تعيين النقود فإما على الأخرى فلا يبطل العقد بحال إلا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس لفوات قبض المعقود عليه في المحاسن ولافسخ بذلك وإنما يثبت به البدل دون الأرض لأن الواجب في الذمة دون المعين (ومنها) إذا باعه سلعة بنقد معين فلي المشهور لا يجبر واحد منهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عدل يقبض منها ثم يقضيها لتعاق حق كل واحد منهما بعين معينة فهما سواء وعلى

الرواية الاخرى هو كما لو باعه بنقد في الذمة فيجبر البائع أولاً على التسليم لتعان حق المشتري بالعين
دونه . ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وتأوله القاضي على أن البيع وقع على ثمن في الذمة
(ومنها) لو باعه سلعة بنقد معين ثم أتاه به فقال هذا الثمن وقد خرج معيباً وأنكر المشتري فيه
ثلاث طرق . أحدهما أن قلنا النقود تتعين بالتعيين فالقول قول المشتري لأنه يدعى عليه استحقاق
الرد والاصل عدمه وإن قلنا لا يتعين فوجهان . أحدهما القول قول المشتري أيضاً لأنه أقبح في
الظاهر ماعليه . والثاني قول القابض لأن الثمن في ذمته والاصل اشتغالها به إلا أن يثبت براءتها
منه وهذه طريقة السامري في المستوعب . والطريقة الثانية أن قلنا النقود لا تتعين فالقول قول البائع
وجهاً واحداً لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن ولم يثبت براءتها منه وإن قلنا تتعين فوجهان
مخرجان من الروايتين فيما إذا ادعى كل من المتبايعين أن العيب حدث عنده في السلعة . أحدهما القول قول
البائع لأنه يدعى سلامة العقد والاصل عدمه ويدعى عليه ثبوت الفسخ والاصل عدمه . والثاني قول
القابض لأنه منكر التسليم والاصل عدمه وهذه طريقة القاضي في بعض تعاليقه وجزم صاحب
المغنى والمحرم بأن القول قول البائع إذا أنكر أن يكون المردود بالعيب هو المبيع ولم يحكميا خلافاً
ولا فصلاً بين أن يكون المبيع في الذمة أو معيناً نظراً إلى أنه يدعى عليه استحقاق الرد والاصل
عدمه . وذكر الأصحاب من ذلك في مسائل الصرف وفرق السامري في فروقه بين أن يكون المردود
بعيب وقع عليه معيناً فيكون القول قول البائع وبين أن يكون في الذمة فيكون القول قول المشتري
لما تقدم وهذا فيما إذا أنكر المدعى عليه العيب أن ماله كان مبيعاً أما إن اعترف بالعيب فقد فسخ
صاحبه وأسكر أن يكون هذا هو المعين فالقول قول من هو في يده صرح به في التفليس في المغنى
معللاً بأنه قبل استحقاق ما ادعى عليه الآخر والاصل معه ويشهد له أن المبيع في مدة الخيار إذا
رده المشتري بالخيار فإنكر البائع أن يكون هو المبيع فالقول قول المشتري حكاه ابن المنذر عن أحمد
لاتفافهما على استحقاق الفسخ بالخيار ، وبذلك وجهه صاحب المغنى وقد ينبئ على ذلك أن المبيع
بعد الفسخ بعيب ونحوه هل هو أمانة في يد المشتري أو مضمون عليه وفيه خلاف سبق ذكره .
فإن الامانات القول قول من هي في يده مع الاختلاف في عينها وقد نص عليه أحمد في الرهن ولذلك
نص في اختلاف المتبايعين في عين المبيع المعين قبل قبضه أن القول قول البائع وقد يكون مأخذه
أنه أمانة عنده ومن الأصحاب من علل بأن الاصل براءة ذمة البائع مما يدعى عليه فهو كما أقر بعين
لرجل ثم أحضرها فإنكر المقر له أن تكون هي المقر بها فإن القول قول المقر مع يمينه (ومنها) لو
كان عهدين شريك قيمة نصيب كل منهما عشرة دنانير فقال رجل يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها

لا أحدهما اعتق نصيبك عنى على هذه الدنانير العشرة ففعل عتق نصيب المسؤول عن السائل وهل يسرى عليه إلى حصة الآخر أم لا. أن قلنا أن النقود تتعين بالتعيين لم يسر لأن المسؤول ملكها عليه بالعقد فلم يبق في ملك السائل شيء. فصار معسراً وإن قلنا لا يتعين سرى إلى حصة الشريك كما لو اشترى ذلك النصيب بثمن في الذمة لأنه مالك لقيمة حصة الآخر وذكر السامري ويفيد هذا أن الدين المستغرق لا يمنع السراية.

٧ - [السابعة] العبد هل يملك بالتملك أم لا ؟ في المسألة روايتان عن أحمد . أشهرهما عند الأصحاب أنه لا يملك وهو اختيار الخرقي وأبي بكر والقاضي والأكثرين . والثانية يملك اختارها ابن شاقلا وصححها ابن عقيل وصاحب المغنى ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جداً (فمنها) لو ملك السيد عبده مالا زكوا فإن قلنا لا يملكه فزكاته على السيد لأنه ملكه وإن قلنا يملكه فلا زكاة على السيد لا تنفاه ملكه له ولا على العبد لأن ملكه مزلول ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأقارب ولا يعتق عليه رحمه بالشراء هذا ما قال أكثر الأصحاب منهم أبو بكر والقاضي وهو ظاهر كلام الخرقي وفي كلام أحمد إيماء إليه وحكى بعض الأصحاب رواية بوجوب زكاته على العبد على القول بأنه ملكه ومنهم من اشترط مع ذلك إذن السيد لقول أحمد فيزيه باذن سيده وإنما مراده أن المال للسيد وزكاته عليه والعبد كالوكيل والمودع فلا يزى بدون إذنه وعن ابن حامد أنه ذكر احتمالاً بوجوب زكاته على السيد على كلا القولين لأنه إما ملك له أو في حكم ملكه لتمكنه من التصرف فيه كسائر أمواله (ومنها) إذا ملكه السيد عبداً وأهل عليه هلال المطر فإن قلنا لا يملكه ففطرته على السيد وإن قلنا يملكه فوجهان أحدهما لا فطرة له على أحد قاله القاضي وابن عقيل اعتباراً بزكاة المال كما سبق والثاني فطرته على السيد صححه صاحب المغنى لأن نفقته على السيد وكذلك فطرته (ومنها) تكفيره بالمال في الحج والأيام والظهار ونحوها ، وفيه للأصحاب طرق أحدها البناء على ملكه وعدمه فإن قلنا يملك فله التكفير بالمال في الجملة والأفلا وهذه طريقة القاضي وأبي الخطاب وابن عقيل وأكثر المتأخرين لأن التكفير بالمال يستدعى ملك المال فإذا كان هذا غير قابل الملك بالكاة ففرضه الصيام خاصة وعلى القول بالملك فإنه يكفر بالإطعام وهل يكفر بالتعق على روايتين لأن العتق يقتضى الولاء والولاية والارث وليس العبد من أهلها . وهل يلزمه التكفير بالمال أو يجوز له مع إجزاء الصيام المتروجه أن كان في ملكه مال فأذن له السيد بالتكفير منه لزمه ذلك وإن لم يكن في ملكه بل أراد السيد أن يملكه ليكفر لم يلزمه كالحرم المعسر إذا بذل له مال . وعلى هذا ينزل ما ذكره صاحب المغنى من لزوم التكفير بالمال في الحج ونفى اللزوم في الظهار

(الطريقة الثانية) أن في تكفيره بالمال باذن السيد روايتين مطلقتين سواء قلنا يملك أو لا يملك حكاهما القاضي في المجرد عن شيخه ابن حامد وغيره من الاصحاب وهي طريقة أبي بكر فوجه عدم تكفيره بالمال مع القول بالملك أن يملكه ضعيف لا يحتمل المواساة ولهذا لم يجب فيه الزكاة ولا نفقة الاقارب فكذلك الكفارات والوجع، تكفيره بالمال مع النول باثنياء ملكه مأخذان. احدهما أن تكفيره بالمال انما هو تبرع له من السيد وإباحة له أن يكفر من ماله والتكفير عن الغير لا يشترط دخوله في ملك المكفر عنه كما يقول في رواية في كنزارة الجامع في رمضان إذا عجز عنها وقلنا لا يسقط تكفير غيره عنه إلا بإذنه جاز أن يدفعها اليه وكذلك في سائر الكفارات على إحدى الروايتين ولو كانت قد دخلت في ملكه لم يجز أن يأخذها هو لأنه لا يكون حيثئذ اخراجا للكفارة (والمأخذ الثاني) أن العبد ثبت له ملك قاصر بحسب حاجته اليه وإن لم يثبت له الملك المطلق التام فيجوز أن يثبت له في المال المكفر به ملك ينتج له التكفير بالمال دون يده وهبته كما اثبتنا له في الأمانة ملكا قاصراً أبيع له التسرى بها دون بيعها وهبتها على ما سنده و هذا اختيار الشيخ تقي الدين . ووجه التفريق بين العتق والاطعام أن التكفير بالعتق محتاج الى ملك بخلاف الاطعام ذكره ابن أبي موسى ولهذا لو أمر من عليه الكفارة رجلاً أن يطعم عنه ففعل اجزأته ولو أمر أن يعتق عنه ففي اجزأته عنه روايتان ولو تبرع الوارث بالاطعام الواجب عن موروثه صح ولو تبرع عنه بالعتق لم يصح ولو اعتنى الاجنبي عن الموروث لم يصح ولو اطعم عنه فوجهان (الطريقة الثالثة) أنه لا يجزى، التكفير بغير الصيام بحال على كلا الطريقتين وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في كتاب الظهار وصاحب التاخيص وغيرهما لأن العبد وإن قلنا يملك فإن ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق فلا يكون مخاطباً بالتكفير بالمال بالسكينة فلا يكون فرضه غير الصيام بالأصالة بخلاف الحر العاجز فإنه قابل للتملك ومن هاهنا والله أعلم قال الخرقى العبد إذا حنث ثم عتق فإنه لا يجزئه التكفير بغير الصوم بخلاف الحر المعسر إذا حنث ثم أيسر وقال أيضاً في العبد إذا فاته الحج أنه يصوم عن كل مدمن قيمة الشاة يوماً وقال في الحر المعسر أنه يصوم في الاحصار صيام التمتع . والفرق بينهما أن العبد ليس من أهل الملك القابل لتعلق الواجبات به فيتعلق به وجوب الصيام بالأصالة وفدية الفوات والاحصار لم يرد فيها نص بغير الهدى فواجبنا على العبد صياماً يقوم مقام الهدى ويعادل قيمة الشاة كما وجب في جزاء الصيد لأن هذا صيام واجب بالأصالة ليس بدلاً عن الهدى وهو يعادل الهدى وشبهه به فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحر المعسر فإن الواجب في ذمته بالأصالة هو الهدى فإذا عجز عنه انتقل الى البديل الذي شرع للهدى وهو صيام التمتع (ومنها) إذا باع عبداً وله مال وفيه

للاصحاب طرق (احداها) البناء على الملك وعدمه فان قلنا يملك لم يشترط معرفة المال ولا سائر شرائط البيع فيه لانه غير داخل في العقد وإنما اشترط على ملك العبد ليكون عبدا ذا مال وذلك صفة في العبد لا تفرد بالمعاوضة وهو كبيع المكاتب الذي له مال وإن قلنا لا يملك اشترط لملكه معرفته وأن يبعه بغير جنس المال أو بجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية ويشترط التقابض لأن المال حيثئذ داخل في عقد البيع وهذه طريقة القاضى في المجرد وابن عقيل وأبى الخطاب في انتصاره وغيرهم (والطريقة) الثانية اعتبار قصد المال أو عدمه لا غير فان كان المال مقصوداً للمشتري اشترط علمه وسائر شروط البيع وان كان غير مقصود بل قصد المشتري تركه للعبد لينتفع به وحده لم يشترط ذلك لانه تابع غير مقصود وهذه الطريقة هي المنصوصة عن أحمد وأكثر أصحابه كالخرقي وأبى بكر والقاضى في خلافه وكلامه ظاهر في الصحة . وإن قلنا ان العبد لا يملك وترجع المسئلة على هذه الطريقة الى بيع ربوى بغير جنسه ومعه من جنسه ما هو غير مقصود وقد استوفينا الكلام عليها في القواعد ورجع صاحب المغنى هذه الطريقة (والطريقة الثالثة) الجمع بين الطريقتين وهي طريقة القاضى في الجامع الكبير وصاحب المحرر ومضمونها أن قلنا العبد يملك لم يشترط لملكه شروط البيع بحال وان قلنا لا يملك فان كان المال مقصوداً للمشتري اشترط له شرائط البيع وان كان غير مقصود له لم يشترط له ذلك (ومنها) اذا أذن المسلم لعبده الذمى أن يشتري له بماله عبداً مسلماً فاشتراه فان قلنا يملك لم يصح شراؤه له وان قلنا لا يملك صحح وكان مملوكاً للسيد . قال الشيخ مجد الدين هذا قياس المذهب عندى قلت ويتخرج فيه وجه آخر لا يصح على القولين بناء على أحد الوجهين أنه لا يصح شراء الذمى لمسلم بالوكالة ولو كان بالعكس بان يأذن الكافر لعبده المسلم الذي ثبت ملكه عليه أن يشتري بماله رقيقاً مسلماً . فان قلنا يملك صحح وكان العبد له وان قلنا لا يملك لم يصح (ومنها) تسرى العبد وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف في ملكه فان قلنا يملك جاز تسريه وإلا فلا لأن الوطء بغير نكاح وإلا يملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة وهي طريقة القاضى والأصحاب بعده . والثانية يجوز تسرية على كلا الروايتين وهي طريقة الخرقى وأبى بكر وابن أبى موسى ورجحها صاحب المغنى وهي أصح فان نصوص أحمد لا تختلف في إباحة التسرى له فتارة علل بأنه يملك وتارة اعترف بأنه خلاف القياس وأنه جاز لاجماع الصحابة عليه وهذا يقتضى أنه أجاز له التسرى وإن قيل انه لا يملك اتباعاً للصحابة في ذلك ووجهه أن العبد وإن قيل إنه لا يملك فلا بد من أن يثبت له ملك ما يحتاج الى الانتفاع به ولذلك يملك عقد النكاح وهو ملك لمنفعة البضع فكذلك يملك التسرى ويثبت لهذا الملك الخاص لطلبته اليه ولا يجوز تسريه

بدون اذن نص عليه في رواية جماعة كزكاحه ولأنه لا يملك التصرف في ماله بما يتلف ماله ويضربه
لتعلق حق السيد به والتسرى فيه في اضرار بالجارية وتنقيص لما ليتها بالوطء والحمل وربما أدى الى
تلفها . ونقل عنه أبو طالب وابراهيم بن هانيء يتسرى العبد في ماله كان ابن عمر يتسرى عبيده
في ماله فلا يعيب عليهم . قال القاضي فيما علقه على حواشي الجامع للخلال ظاهر هذا أنه يجوز تسريه
من غير اذن له لأنه مالك له انتهى ويمكن أن يحمل نص اشتراطه على التسرى من مال سيده اذا
كان مأذونا له ونصه يقدم على اشتراط تسريه في مال نفسه الذي يملكه وقد أرمأ الى هذا في رواية
جماعة وهو الاظهر ونقل الاثرم عنه في الرجل يهب لعبده جارية لا يطأها ولكنه يتسرى في ماله
اذا أذن له سيده وفسر ماله بمال العبد الذي في يديه وهذا في اعتبار الاذن في التسرى من مال
نفسه وتفريقه بين ذلك وبين الأمة التي يملكه السيد فيه إشكال ولعله منع الوطء بدون إذن
السيد فيكون ذلك منه اشتراطاً لأذن السيد بكل حال . واعلم أن الامام احمد متردد في تسرى العبد بأمة
سيده ونكاحه هل هما جنس واحد أم لا فقال في رواية حنبل لا يبيع أمته المازوجة بعبيده
حتى يطلقها العبد فجعله تملكاً لازماً ونقل عنه الاكثرون جوازه واختلاف عنه في بيع سرية
عبيده فنقل عنه الميهوني الجواز ونقل عنه جعفر بن محمد المنع مالم لا بائن التسرى بمنزلة
النكاح يريد أنه لازم لا يجوز الرجوع فيه وكذا نقل عنه ابن هانيء وغيره واختلف عنه في جواز
تسرى العبد بأكثر من أمتين فنقل عنه الميهوني الجواز وأبو الحارث المنع كالنكاح ولم يختلف عنه
في أن العبد وسريته يوجب تحريراً ما عايناهما لهما من غيرها ونقله عن ابن عمر واختلاف عنه في عتق
العبد وزوجته هل يفسخ به النكاح دلي روايتين بناء على تغليب جهة التملك فيه أوجهة النكاح وقد
استشكل أكثر هذه النصوص القاضي وربما أوطأ ونزاه على ما ذكر الشيخ تقي الدين وهذه
المسائل المذكورة منصوصة عن الساف حكماً وتعليلاً كما ذكرنا وكذلك قال الشيخ محمد الدين
ظاهر كلام أحمد إباحة التسرى للعبد وإن قلنا لا يملك فيكون زكاحاً عنده وحمل قول أبي بكر على
مثل ذلك وعلى هذا قبل يشترطه الاشارة وكلام أحمد يقتضي استحبابه لا غير وفي ثبوت المهر به خلاف
معروف (ومنها) لو باع السيد عبده نفسه بماله في يده فهل يعتق أم لا المنصوص عن أحمد أنه يعتق
بذلك وذكره الحرق مع قوله إن العبد لا يملك ونزله القاضي على القول بالملك فيكون دخول السيد
مع عبده في بيعه نفسه بماله اقراراً له دلي ماله فيصح بيعه ويعتق وإن قلنا لا يملك لم يصح بيعه
ويحتمل أن يقال يبعه نفسه هنا كناية عن عتقه فيعتق به بكل حال ولهذا قال الأصحاب ان يبيع
السيد عبده نفسه بماله تعليقاً لعتقه دلي التزامه فيعتق على ملك السيد ويكون هاهنا تعليقاً على ايفاء

هذا المال يعتق به أما ان دفع العبد مالا إلى رجل ليشتريه به من سيده ففعل وأعتقه المشتري فهل يصح العقد و يعتق ان اشتراه الرجل في الذمة ثم نقد المال صح وعق وإن اشتراه بغير المال انبنى على الروايتين في تعيين النقود بالتعيين على ماسق والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله وأبي الحارث وأبي داود البطلان معلا بما ذكرنا وذكره الخرقى والفرق بين هذه والتي قبلها أن السيد لم يعلم هنا أنها ماله فلا يكون إقراراً لها على ملك العبد ونص في رواية مهنا وحنبل على أنه يعتق ويغرم المشتري الثمن وهذا قد يتنزل على القول بأن النقود لا تتعين وقد يتنزل مع القول بالتعيين على أنه عقد فاسد يختلف فيه فينفذ فيه العتق كما ينفذ الطلاق في الكساح المختلف فيه وهو أحسد الوجهين للأصحاب وكذلك نقل مهنا عنه في عبد دفع إلى رجل ألف درهم من مال رجل آخر فاشتراه بها من سيده وأعتقه أنه يرجع صاحب المال بماله فإن استملك كان ديناً على العبد و يعتق العبد وحمل القاضي في موضع من المجرد وتبعه ابن عقيل [في] المسئلة على أن العبد وكل الرجل في شراء نفسه من سيده ويكون المشتري وكيلاً للعبد ويكون وكالة صحيحة قال الشيخ مجدد الدين فعلى هذا يكون قد عتق في الباطن في الحال و يازم المشتري الثمن ويرجع به على العبد وقال أيضاً في موضع آخر هذا فيه اشكال لأن العبد عندنا لا يصح أن يشتري من سيده شيئاً بنفسه فكيف يصح توكيله فيه ولهذا قال أحمد لأربابين العبد وسيده مال ويحتمل أن يصح ذلك بناء على أن العبد يملك ويلتزم عليه جريان الربا بينهما قال ويحتمل أن تكون هذه المسئلة خاطئة في كتابهما يعني القاضي وابن عقيل وإنه جواب في ذلك أن يقال إذا وكل رجل العبد في شراء نفسه من سيده (ومنها) إذا عتق السيد عبده وله مال فهل يستقر ملكه للعبد أم يكون للسيد على روايتين فمنهم من بناء على القول بالملك وعدمه فإن قلنا يملكه استقر ملكه عليه بالعتق والا فلا وهي طريقة أبي بكر والقاضي في خلافه وصاحب المحرر ومنهم من جعل الروايتين على القول بالملك (ومنها) لو اشترى العبد زوجته الأمة بماله فإن قلنا يملك انفسخ نكاحه وإن قلنا لا يملك لم ينفسخ (ومنها) لو ملكه سيده أمة فاستولدها فإن قلنا لا يملك فالولد ملك السيد وإن قلنا يملك فالولد مملوك للعبد لكنه لا يعتق عليه حتى يعتق فإذا عتق ولم ينزعه منه قبل عتقه عتق عليه لتمام ما كان حيثئذ ذكره القاضي في المجرد (ومنها) هل ينفذ تصرف السيد في مال العبد دون استرجاعه إن قلنا العبد لا يملك صح بغير اشكال وإن قلنا يملك يظهر كلام أحمد أنه ينفذ عتق السيد لرقيق عبده قال القاضي في الجامع الكبير فيحتمل أن يكون رجع فيه قبل عتقه قال وإن حمل على ظاهره فلان عتقه يتضمن الرجوع في التملك (ومنها) الوقف على العبد فهو أحمد على أنه لا يصح فقيل إن ذلك يتفرع على القول

بأنه لا يملك فلما إن قيل انه يملك صح الوقف عليه كالمكانب في أظهر الوجهين والأكثر على أنه لا يصح الوقف عليه على الروايتين لضعف ملكه (ومنها) وصية السيد لعبد بشيء من ماله فان كان بجزء مشاع منه صح وعتق من العبد بنسبة ذلك الجزء لدخوله في عموم المال وكل عتقه من بقية الوصية نص عليه ، قليل لأن الوصية إنما صحت لعتقه فتقديم العتق أهم وأنفع له . وقيل بل الجزء الشائع الموصى به غير متعين فتعين في العبد تصحيحاً للوصية مهما أمكن . ويحتمل أن يقال ملك بالوصية جزءاً مشاعاً من نفسه فعتق عليه وملك به بقية الوصية فصار معسراً فسرى العتق إلى الباقي مضموناً بالسراية من بقية الوصية إذ لا مال له سواها كون ملك بعض ذى رحم محرم منه بفعله وأولى . وهذا المأخذ منقول عن ابن سيرين وهو حسن وفي كلام أبي الحسن التميمي ما يشعر به أيضاً . وصرح بعضهم أنه يعتق منه بنسبة الوصية من المال فيسرى العتق إلى جميعه إذا احتمله الثلث بناء على القول بالسراية بالوصية بعد الموت ويكمل له بقية الوصية من المال إن احتمل الثلث ذلك وإن كانت الوصية بجزء معين أو مقدر ففي صحة الوصية روايتان أشهرهما عدم الصحة فمن الأصحاب من بناها على أن العبد هل يملك أم لا وأشار إلى ذلك أحمد في رواية صالح . وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيрази وابن عقيل وغيرهم . ومنهم من حل الصحة على أن الوصية كقدر المعين أو المقدر من التركة لا بعينه فيعود إلى الجزء المشاع وهو جيد جداً (ومنها) لو غزا العبد على فرس ملكه إياها سيده فان قلنا يملكها لم يسهم لها لان الفرس تبع لمالكها فاذا كان مالكها من أهل الرضخ فكذلك فرسه وان قلنا لا يملكها أسهم لها لأنها لسيدة كذا قال الأصحاب، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن الحكم أنه يسهم لفرس العبد وتوقف مرة أخرى وقال لا يسهم لها متحداً وقل عنه أبو طالب إذا غزا العبد مع سيده ومعه فرسان ومع سيده فرسان يسهم لفرسي السيد ولا يسهم لفرسي العبد لأن الكل للسيد ولا يسهم لأكثر من فرسين . « تنبيه » الخلاف في ملك العبد بالتملك هل هو مختص بتملك سيده أم لا قال صاحب التلخيص هو مختص به فلا يملك من غير جهته وكلام الأكثرين يدل على خلافه ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) ملكه اللقطة بعد الحول قال طائفة من الأصحاب ينبغي على روايتي الملك وعدمه جعلاً لتملك الشارع كتملك السيد وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه يملك اللقطة وإن لم يملك بتملك سيده لانه تملك شرعى ثبت قهراً فيثبت له حكماً وفارق الميراث لان العبد ليس من أهله لا تقطاع تصرفه وهنا هو من أهل الحاجة إلى المال وعند صاحب التلخيص لا يملكها بغير خلاف وكذلك في الهداية والمعنى أنها ملك لسيدة (ومنها) حيازته المباحات من احتطاب أو احتشاش أو اصطيد أو معدن أو غير ذلك . فمن الأصحاب من قال هو ملك لسيدة دونه رواية واحدة كالقاضي وابن عقيل لأن جوارح العبد ومنافعه ملك لسيدة

... - قواعد

فهي كيد نفسه فالخاضع في يد عبده كالحاصل في يده حكماً نعم لو أذن السيد له في ذلك فهو كتمليك إياه ذكره القاضي وغيره وخرج طائفة المسئلة على الخلاف في ملك العبد وعدمه منهم الشيخ محمد الدين وقاسه على اللقطة وهو ظاهر كلام ابن عقيل في موضع آخر (ومنها) إذا وصى للعبد أو وهب له وقبله باذن سيده أو بدونه إذا أجزأه ذلك على المنصوص فالملك للسيد نص عليه في رواية حنبل وذكره القاضي وغيره وبناء ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد (ومنها) لو خالع العبد زوجته بعوض فهو للسيد ذكره الخرق وظاهر كلام ابن عقيل بناءً على الخلاف في ملك العبد وبعضه أن العبد هنا يملك البضع فملك عوضه بانطاع لأن من ملك شيئاً ملك عوضه فأما مهر الأمة فهو للسيد لأنه عوض عن ملك السيد وهو منفعة البضع فيكون تملكه كاجرة العبد له بخلاف ما تقدم فانه ليس عوضاً عن ملكه .

٨ - [الثامنة] المضارب هل يملك الرمح بالظهور أم لا ذكر أبو الخطاب أنه يملك بالظهور رواية واحدة وقال الأكثرون في المسئلة روايتان (إحداها) يملك بالظهور وهي المذهب المشهور والرواية الثانية لا يملك بدون القسمة ونصرها القاضي في خلافه في المضاربة ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه ولا يستقر بدونها ومن الأصحاب من قال يستقر بالحاسبة التامة كابن أبي موسى وغيره وبذلك جزم أبو بكر عبد العزيز وهو المنصوص صريحاً عن أحمد ولهذا الاختلاف فوائده : (منها) انعقاد الحول على حصصة المضارب من الرمح قبل القسمة فإن قيل لا يملك بدونها فلا انعقاد قبلها وإن قيل يملك بمجرد الظهور فهل ينعقد الحول عليها قبل استقرار الملك فيها أم لا ينعقد بدون الاستقرار ففيه للأصحاب طرق (أحدها) لا ينعقد الحول عليها بدون الاستقرار بحال من غير خلاف وهي طريقة القاضي في المجرى والخلاف ومن اتبعه وكذلك طريقه أبي بكر وابن أبي موسى إلا أن القاضي عنده الاستقرار بالقسمة وهندما بالحاسبة التامة فينعقد الحول عندهما بالحاسبة وهو المنصوص عن أحمد في روايه صالح وابن منصور وحبل (والطريقة الثانية) إن قلنا يملك بالظهور انعقد الحول عليه من حينه وإلا فلا وهي طريقة القاضي من موضع من الجامع الصغير وأبي الخطاب (والطريقة الثالثة) إن قلنا لا يثبت الملك قبل الاستقرار لم ينعقد الحول وإن قلنا يثبت بدونه فهل ينعقد قبله على وجهين وهي طريقة ابن عقيل وصاحبي المغنى والمهور أمكنهما رجحاً عدم الانعقاد وابن عقيل صحح الانعقاد في باب المضاربة وأما رب المال فعليه زكاة رأس ماله مع حصته من الرمح وينعقد الحول عليها بالظهور وأما بقية الرمح فلا يلزمه زكاته سواء قلنا بملكه العامل بالظهور أولاً في ظاهر كلام أحمد وهو قول القاضي والأكثرين لأنه إن سلم فهو للعامل وإن تلف تلف عليهما وحكي أبو الخطاب عن القاضي أنه يلزمه زكاته إذا قلنا لا يملكه العامل بدون القسمة وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسألة المزارعة وهو ضعيف (ومنها) لو اشترى العامل بعد ظهور

الربح من يعتق عليه بالملك ففيه طريقتان (أحدهما) البناء على الملك بالظهور وعدمه فإن قلنا يملك به عتق عليه والا فلا وكذلك قال القاضي في خلافه وابنه أبو الحسين وأبو الفتح الحلواني (والطريق الثاني) ان قلنا لا يملك بالظهور لم يعتق وان قلنا يملك به فوجهان كذا قال جماعة منهم صاحب التلخيص . أحدهما يعتق عليه وهو قول القاضي وأبي الخطاب وأوماً إليه أحمد في رواية ابن منصور . والثاني لا يعتق لعدم استقرار الملك وهو قول أبي بكر في التنبيه فإن الملك فيه غير تام ولهذا لا يجرى في حول الزكاة كما سبق والعتق يستدعي ملكاً بدليل أن المكاتب لا يعتق عليه ذو رحمه بملكه والأول أصح فإن العتق يسرى إلى ملك الاجنبي المحض ولا يمنع الدين بخلاف الزكاة والمكاتب ليس من أهل التبرع ولهذا لو باشر العتق بنفسه لم ينفذ فكذا بالملك وأولى وعلى هذا إذا اشترى رحمه بعد ظهور الربح عتق عليه منه بقدر حصته ثم ان كان موسراً سرى عليه لان العتق بالشراء وهو من فعله باختياره ولو اشترى قبل ظهور الربح ثم ظهر الربح بارتفاع الاسواق وقلنا يملك به عتق عليه نصيبه ولم يسر إذ لا اختيار له في ارتفاع الاسواق وذكره في التلخيص (ومنها) لو وطئ العامل أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح فإن قلنا يملكه بالظهور فالولد حر وعليه قيمة الامة وتصير أم ولد له وان لم يكن ظهر ربح لم يثبت شيء من ذلك ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهل عليه الجلدان لم يكن ظهر ربح على وجهين : أحدهما لاحد عليه ويعزر ونص عليه في رواية ابن منصور واختاره صاحب المغني لأن الربح مبنى على التقويم وهو وهو أمر اجتهادي لا يقطع به . والثاني عليه الحد قاله القاضي لانتفاء الملك وشبهته (ومنها) لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة فإن لم يظهر ربح صح نص عليه لانه ملك غيره وكذلك إن ظهر ربح وقلنا لا يملكه بالظهور وإن قلنا يملكه به فهو كسراء أحد الشريكين من مال الشركة والمذهب أنه يبطل في قدر حقه لانه ملكه فلا يصح شراؤه له وفي الباقي روايتان تفريق الصفقة وخرج أبو الخطاب رواية بصحته في الكل من الرواية التي يخير فيها لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه لأن علاقة حق المضارب به صيرته كالتفرد عن ملكه فكذا المضارب مع رب المال وأولى (ومنها) لو اشترى العامل شقصة المضاربة وله فيه شركة فهل له الاخذ بالشفعة فيه طريقتان . أحدهما ما قال أبو الخطاب ومن تابعه فيه وجهان . أحدهما لا يملك الاخذ واختاره في رؤوس المسائل لانه يتصرف لرب المال فامتنع أخذه كما يمنع شراء الوصي والوكيل فيما يتوليان بيعه . والثاني له الاخذ وخرجه من وجوب الزكاة عليه في حصته فانه يصير حينئذ شريكاً يتصرف لنفسه وشريكه ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة ولانه يأخذ مثل الثمن المأخوذ به فلا تهمة بخلاف شراء الوصي والوكيل وعلى هذا فالمسئلة متيدة بحالة ظهور الربح ولا بد (والطريقة الثانية) ما قال صاحب المغني ان لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا لا يملكه بالظهور فله الاخذ لان الملك

لغيره فكذلك لاخذ منه وإن كان فيه ربح وقلنا يملكه بالظهور فقيه الوجهان بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح على ما سبق (ومنها) لو اسقط العامل حقه من الربح بعد ظهوره فان قلنا يملكه بالظهور لم يسقط وإن قلنا لا يملكه بدون القسمة فوجهان وقد سبقت في القواعد (ومنها) لو قارض المريض وسمى للعامل فوق تسمية المثل قال القاضي والاصحاب يجوز ولا يعتبر من الثلث لأن ذلك لا يؤخذ من ماله وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث ويحدث على ملك العامل دون المالك وهذا إنما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور وإن قلنا لا يملكه بدون القسمة احتمل أن يحسب من الثلث لأنه خارج حينئذ من ملكه واحتمل أن لا يحسب منه وهو ظاهر كلامهم لأن المال الحاصل لم يفوت عليهم منه شيئاً وإنما زادهم فيه ربحاً .

٩ - [التاسعة] الموقوف عليه هل يملك ربة الوقف أم لا ؟ في المسئلة روايتان معروفتان أشهرهما أنه ملك للموقوف عليه . والثانية لا فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى فيه خلاف أيضاً وينزل على هذا الاختلاف مسائل : (منها) زكاة الوقف اذا كان ماشية موقوفة على معين فهل يجب زكاتها فيه طريقان . أحدهما بناؤه على هذا الخلاف فان قلنا هو ملك للموقوف عليه فعليه زكاتها وإن قلنا ملك لله فلا زكاة وهذه طريقة المحرر وهو ظاهر كلام أحمد في رواية مهنا وعلى بن سعيد وعلى هذا فان قلنا يملكه الواقف فعليه زكاته ونص أحمد على أن من وقف على أقاربه فان الزكاة عليه بخلاف من وقف على المساكين . والطريقة الثانية لازكاة فيه على الروايتين قاله القاضي وابن عقيل لقصور الملك فيه (فأما) الشجر الموقوف فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً لأن ثمره ملك للموقوف عليه وقال الشيرازي لازكاة فيه مطلقاً ونقله غيره رواية (ومنها) لو جنى الوقف فأرش أجنبيته على الموقوف عليه إذا قيل أنه ماله لا أنه امتنع من تسليمه فيلزمه فداؤه وإن قيل هو ملك لله فالأرش من كسب العبد وقيل بل من بيت المال وفيه وجه لا يلزم الموقوف عليه الأرض على القولين لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره إذ لا قدرة له عليه على التسليم بحال (ومنها) إذا كان الوقف أمة فولاية تزوجها للموقوف عليه إن قيل أنه يملكها وإن قيل هي ملك لله فالولاية للحاكم فيزوجها بأذن الموقوف عليه وإن قيل هي ملك الواقف فهو أولى (ومنها) نظر الواقف إذا لم يشترط له ناظر فعلى القول بملك الموقوف عليه له النظر فيه وعلى القول بأنه ملك لله نظره للحاكم وظاهر كلام أحمد أن نظره للحاكم وهو قول ابن أبي موسى قال الحارثي وعندى أن هذا القول لا يختص بالقول باتقاء ملك الموقوف عليه بل ينظر فيه الحاكم وإن قلنا ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعد (ومنها) هل يستحق الشفعة و بشركة الوقف فيه طريقان . أحدهما البناء على أنه هل يملكه الموقوف عليه فان قيل يملكه استحق به الشفعة

والأفلا (والثاني) الوجهان بناء على قولنا يملكه وهذا ما قال صاحب المحرر لأن الملك قاصر وهذا كله متفرغ على المذهب في جواز قسمة الوقف من المعلق أما على الوجه الآخر يمنع القسمة فلا شفعة إذ لا شفعة في ظاهر المذهب إلا فيما يقبل القسمة من العقار وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على الخلاف في قبول القسمة (ومنها) لو زرع الغاصب في أرض الوقف فهل للموقوف عليه تملكه بالنفقة إن قيل هو المالك فله ذلك والافهوكالمستأجر ومالك المنفعة ففيه تردد سبق ذكره في القواعد (ومنها) نفقة الوقف وهي في غلته ما لم بشرط من غيرها فإن لم يكن له غلة فوجهان . أحدهما نفقته على الموقوف عليه والثاني هي في بيت المال فقيل هما مبنيان على انتقال الملك وعدمه وقد يقال بالوجوب عليه وإن كان الملك لغيره كما تقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه (ومنها) لو فضل بعض ولده على بعض في الوقف فالمنصوص الجواز بخلاف الهبة فقيل هو بناء على أن الملك لا ينتقل إلى الموقوف عليه فإن قلنا بانتقاله لم يجز كالهبة وهو قول أبي الخطاب وغيره وقيل بل يجوز على القولين لأنه لم يخصه بالملك بل جعله ملكاً لجهة متصلة على وجه القرابة وجعل الولد بعض تلك الجهة وشبهه بهذا وقف المريض على وارثه هل يقف على الإجازة كهبه أم ينفذ من الثلث لأنه ليس تخصيصاً للوارث بل تملك لجهة متصلة فالوارث بعض أفرادها وفيه روايتان (ومنها) الوقف على نفسه وفي صحته روايتان وبناهما أبو الخطاب على هذا الأصل فإن قلنا الوقف ملك للموقوف عليه لم يصح وقفه على نفسه لأنه لا يصح أن يزيل الإنسان ملك نفسه إلى نفسه وإن قلنا لله تعالى صح (ومنها) الوقف المنقطع هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه أو إلى ورثة الواقف فيه روايتان والمنصوص عن أحمد في رواية حرب وغيره أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه وظاهر كلامه أنه يعود إليهم إرثاً لا وقفاً وبه جزم الخلال في الجامع وابن أبي موسى وهذا منزل على القول بأنه ملك للموقوف عليه كما صرح به أبو الخطاب وغيره ويشهد له أن أحمد في رواية حنبل شبه الوقف بالعمرى والرقبي وجعلها لورثة الموقوف عليه كما ترجع العمرى والرقبي إلى ورثة المعطي وجعل الخلال حكم الوقف المنقطع والرقبي واحداً وانكر الشيخ مجد الدين هذا البناء وادعى أنه إنما يرجع وقفاً على الورثة فلا يلزم ملك الموقوف عليه وهذا مخالف لنص أحمد لمن تأمله نعم فرق أحمد في رواية أبي طالب بين الوقف المنقطع وبين العمرى بأن العمرى ملك للعمر والوقف ليس يملك به شيئاً إنما هو لمن أوقفه يضعه حيث شاء مثل السكنى فهذه الرواية تدل على أن الموقوف عليه لا يملك سوى [منفعة] الرقبة وإن الرقبة ملك للواقف (ومنها) لو وطئ الموقوف عليه الأمة الموقوفة فأولدها فلا حد لأنها أما ملك له أو له فيها شبهة ملك وهل تصير أم ولد له إن قلنا هي ملك له صارت مستولدة له فتمتق بموته ويؤخذ قيمتها من تركته يشتري بها رقبة أو مكانها نكون وقفاً وإن قلنا لا يملكها لم تصر مستولدة له وهي وقف بماله (ومنها) لو تزوج الموقوف

عليه الأمانة الموقوفة فإن قيل هي ملك له لم يصح والا صح ذكره صاحب التلخيص وغيره وفيه نظر فإنه يملك منفعة البضع على كلا القولين ولهذا يكون المهر له .

١٠ - [العاشرة] اجازة الورثة هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية في المسألة روايتان معروفتان أشهرهما أنها تنفيذ وهذا الخلاف قيل انه مبني على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الاجازة وقيل بل هذا الخلاف مبني على القول بالوقف اما على البطلان فلا وجه للتنفيذ وهو أشبه قرر الشيخ تقي الدين ان الوارث إذا استثنى حقه قبل القسمة فإنه يسقط وطرد هذا في الأعيان المشاعة كالغنائم إذا استثنى حقه من الغنيمة والموقوف عليه إذا أسقط حقه من الوقف والمضارب إذا أسقط حقه من الربح وأحد الزوجين إذا عفى عن حقه من المهر إذا كان عينا والحق المشاع بالديون في جواز اسقاطه قبل القسمة ولهذا الخلاف فوائد عديدة : (منها) انه لا يشترط لها شروط الهبة من الإيجاب والقبول والقبض فيصح بقوله أجزت وأنفذت ونحو ذلك وان لم يقبل الموصى له في المجلس وان قلنا هي هبة افتقرت الى إيجاب وقبول ذكره ابن عقيل وغيره وكلام القاضي يقتضي ان في صحتها بلفظ الاجازة إذا قلنا هي هبة وجهين قال الشيخ محمد الدين والصحة ظاهر المذهب وهل نعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز ففي الخلاف للقاضي والمحرر هو مبني على هذا الخلاف وصرح بعد ذلك صاحب المحرر بأنه لو أجاز قدراً منسوباً من المال ثم قال ظننت المال قليلاً لم يقبل قوله ولا تنافي بينهما الوجهين (أحدهما) أن صحة اجازة المجهول لا ينافي ثبوت الرجوع اذا تبين فيه ضرر على المجيز لم يعلمه استدراكاً لظلامته كما تقول فيمن أسقط شفيعته لمعنى ثم بان بخلافه فان له العود اليها فكذلك هاهنا اذا أجاز الجزء الموصى به يظنه قليلاً فبان كثيراً فله الرجوع بما زاد على ما في ظنه والثاني أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مائة وخمسون درهماً فبان أنما فهو انما أجاز مائة وخمسين درهماً ولم يجز أكثر منها فلا تنفذ اجازته في غيرها وهذا بخلاف ما إذا أجاز النصف كائناً ما كان فإنه يصح ويكون اسقاطاً لحقه من مجهول فينفذ كالإبراء وطريقة صاحب المغني أن الاجازة لا تصح بالمجهول ولكن هل يصدق في دعوى الجهالة على وجهين ومن الأصحاب من قال ان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجازته فان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجازته فان قلنا الاجازة تنفيذ صح الوقف ولزم وان قلنا هبة فهو كوقف الانسان على نفسه (ومنها) إذا كان المجاز عتقاً فان قلنا الاجازة تنفيذ فالولاية للموصى تختص به عصيته وان قلنا عطية فالولاء لمن أجاز وان كان أنثى (ومنها) لو كان المجيز أباً للمجاز له كمن أوصى لولد ولده فأجازته ولده فليس للمجيز الرجوع فيه ان قلنا هو تنفيذ وان قلنا عطية فله ذلك لأنه قد وهب لولده مالا (ومنها) لو

جلف لايهب فلجاز فان قلنا هي عطية حث والا فلا (ومنها) لو قبل الوصية المفتقرة الى الاجازة قبل الاجازة ثم لجيزت فان قلنا الاجازة تنفيذ فالملك ثابت له من حين قبوله أولا وان قلنا عطية لم يثبت الملك الا بعد الاجازة ذكره القاضى في خلافه (ومنها) ان ما جاوز الثلث من الوصايا اذا أجزه هل يزاحم بالزائد ما لم يجاوزه وهو مبنى على هذا الاختلاف ذكره صاحب المحرر وأشكل توجيهه على الاصحاب وهو واضح فانه اذا كانت معناوصيتان احدهما مجاوزة للثلث والاخرى لا تجاوزه كنصف وثلث وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة فان قلنا الاجازة تنفيذ يزاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والاخر خمسه ثم تكمل لصاحب النصف نصفه بالاجازة وان قلنا الاجازة عطية فانما يزاحم بثلث خاص إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تلتق من الميت فلا يزاحم بها الوصايا فينقسم الثلث بينهما على نصفين ثم يكمل لصاحب النصف ثلثه بالاجازة وهذا مبنى على أن القول بان الاجازة عطية أو تنفيذ فيفرع على القول بابطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها كما سبق (ومنها) لو أجاز المريض في مرض موته وصية موروثه فان قلنا اجازته عطية فهي معتبرة من ثلثه وان قلنا تنفيذ فطريقان احدهما القطع بانها من الثلث ايضا كذا قال القاضى في خلافه وصاحب المحرر وشبهه بالصحيح اذا حابا في بيع له فيه خيار ثم مرض في مدة الخيار فانه تصير محاباته من الثلث لانه تمكن من استرداد ماله اليه فلم يفعل فقام ذلك مقام ابتداء اخراجه في المرض ونظيره لو وهب لولده شيئا ثم مرض وهو بحاله ولم يرجع فيه والطريق الثانى ان المسئلة على وجهين وهى طريقة ابى الخطاب في انتصاره وهما منزلان على أصل الخلاف فى حكم الاجازة وقد ينزلان على أن الملك هل ينتقل الى الورثة في الموصى به أم يمنع الوصية للانتقال وفيه وجهان فان قلنا ينتقل اليهم فالاجازة من الثلث لانه اخراج مال مملوك والا فهي من رأس ماله لانه امتناع من تحصيل مال لم يدخل بعد فى ملكه وانما تعلق به حق ملكه بخلاف محاباة الصحيح اذا مرض فان المال كان على ملكه وهو قادر على استرجاعه (ومنها) اجازة المفلس وفي المعنى هي نافذة وهو منزل على القول بالتنفيذ ولا يبعد على القاضى في اتى قبلها ان لا ينفذ وقاله صاحب المعنى في الشفعة معللا بانه ليس من أهل التبرع .

١١ — [الحادية عشر] الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أم من حين قبوله لها في المسئلة وجهان معروفاً وعلى القول بانه إنما يملكها من حين قبوله فهل هي قبله على ملك الميت أو على ملك الورثة على وجهين ايضا وأكثر الاصحاب على القول بانه ملك للموصى له وهو قول أبى بكر والخيرى ومنصوص أحمد بل نص أحمد فى مواضع على أنه لا يعتبر له القبول فيملكه قهراً كالميراث وهو وجه للأصحاب حكماء غير واحد ولهذا الاختلاف فوائد عديدة (فمنها) حكم نمائه بين

الموت والقبول فان قلنا هو على ملك الموصى له فهو له لا يحتسب عليه من الثلث وان قلنا هو على ملك الموصى فتوفر به التركة فيزداد به الثلث وان قلنا هو على ملك الورثة قماؤه لهم خاصة وذكر القاضي في خلافه أن ملك الموصى له لا يتقدم القبول وان التما قبله للورثة مع ان العين باقية على حكم ملك الميت فلا يتوفر الثلث لأنه لم يكن ملكا له حين الوفاة وذكر أيضا اذا قلنا انه مراعى وانا نبين بقبول الموصى له ملكه له من حين الموت فان التما يكون للموصى له معتبرا من الثلث فان خرج من الثلث مع الاصل فماله والا كان له بقدر الثلث من الاصل فان فضل شيء من الثلث كان له من التما (ومنها) لو نقص الموصى به في سعر أوصفة ففي المحرر ان قلنا يملكه بالموت اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت الى القبول لان الزيادة حصلت في ملكه فلا يحسب عليه والنقص لم يدخل في ضمانه بل هو من ضمان التركة ولهذا لو تلفت العين أو بعضها لبطلت الوصية في التالف وأما نقص الاسعار فلا تضمن عندنا وان قلنا يملكه من حين القبول اعتبرت قيمته يوم القبول سعرا وصفة لأنه لم يملكه قبل ذلك والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور وذكر الخريفي أنه يعتبر قيمته يوم الوصية ولم يحك صاحب المغني فيه خلافا فظاهره أنه يعتبر بيوم الموت على الوجوه كلها لأن حقه تعلق بالموصى له تعليقا قطع تصرف الورثة فيه فيكون ضمانه عليه كالعبد الجاني إذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه منه حتى تلف أو نقص (ومنها) لو كان الموصى به أمة فوطئها الموصى له قبل القبول وبعد الموت فان قلنا الملك له فهي أم ولده والا فلا ولو وطئها الوارث فان قلنا الملك له فهي أم ولده ويلزمه قيمتها للموصى له وان قلنا لا يملكها لم تكن أم ولده (ومنها) لو وصى بامة لزوجها فلم يعلم حتى اولدها اولادهم قبل الوصية فان قيل يملكها بالموت فولده حر والامة أم ولده ويبطل نكاحه بالموت وان قيل لا يملكها الا بعد القبول فنكاحه باق قبل القبول وولده رقيق للوارث (ومنها) لو وصى لرجل بابنه فمات الموصى له قبل القبول وقلنا يقوم وارثه مقامه فيه فقبل ابنه صح وعتق وهل يرث من أبيه الميت أم لا ان قلنا يملكه بالموت فقد عتق به فيكون حرا عند موت أبيه فيرث منه وان قلنا انما يملكه بعد القبول فهو عند موت أبيه رقيق فلا يرث ولو كانت الوصية بمال في هذه الصورة فان قلنا يثبت الملك بالموت فهو ملك للميت فيوفي منه ديونته ووصاياه وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذي قبل ذكره في المحرر ويخرج فيه وجه آخر انه يكون ماسكا للموصى له على الوجهين لأن التمايك حصل له فكيف يصح الملك ابتداء لغيره ولهذا نقول على احدي الروايتين ان المكاتب اذا مات وخلف وفاء أنه يؤدي من بقية مال الكتابة ويتبين بذلك موته حرا مع أن الحرية لا تثبت للمكاتب الا بعد الاداء (ومنها) لو وصى لرجل بارض فبنى لوارث فيها وغرس قبل القبول ثم قبل في الارشاد ان كان الوارث عالما بالوصية قلع بناءه غرسه مجانا

وان كان جاهلاً فعلى وجهين وهو متوجه على القول بالملك بالموت أما ان قيل هي قبول قبل القبول على ملك الوارث فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه فيكون محترماً يتملك بقيمته (ومنها) لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله فان قلنا الملك له من حين الموت فهو شريك للورثة في الشفعة وإلا فلا حقه فيها (ومنها) جريانه من حين الموت في حول الزكاة فان قلنا يملكه الموصى له جرى في حوله وان قلنا للورثة فهل يجري في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا لضعف ملكهم فيه وتزلزله وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المكاتب فيه تردد .

١٢ - [الثانية عشر] الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا ؟ في المسألة روايتان أشهرهما الانتقال وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه قال ابن عقيل هي المذهب وقد نص أحمد ان المفلس إذا مات سقط حق البائع من عين ماله لأن المال انتقل إلى ورثته والرواية الثانية لا ينتقل نقلها ابن منصور في رجل مات وترك داراً وعايه دين فجاء الغرماء يبتغون المال وقال أحد بنيه أنا أعطى ربع الدين ودعوا لي ربع الدار قال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثونها يعني الأولاد ولا فرق بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت لسبب منه يقتضي الضمان كحفر بئر ونحوه صرح به القاضي . وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا ظاهر كلام طائفة اعتباره حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق وكلام أبي الخطاب في انتصاره كالصرح في قيمته ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال وان لم يكن مستغرقاً ذكره في مسائل الشفعة وعلى القول بالانتقال فيتعلق حق الغرماء بها جميعاً وان لم يستغرقها الدين صرح به صاحب الترغيب وهل تعلق حقهم بها تعلق رهن أو جنابة فيه خلاف يتحرر بتحرير مسائل (أحداها) هل يتعلق جميع الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها أو يتقسط ؟ صرح القاضي في خلافه بالأول ان كان الوارث واحداً وان كان متعدداً انقسم على قدر حقوقهم وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين وبكل جزء منها كالعبد المشترك إذا رهنه الشريك كان دين عليهما (والثانية) هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف وسنذكره والثالثة هل يتعاق الدين بعين التركة مع الذمة فيه للأصحاب ثلاثة أوجه . أحدها ينتقل إلى ذمة الورثة قاله القاضي وأبو الخطاب في خلافهما وابن عقيل ومنهم من قيده بالمؤجل ومنهم من خصه بالقول بانتقال التركة اليهم . والثاني هو باق في ذمة الميت ذكره القاضي أيضاً والآمدي وابن عقيل في فنونه وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان دين الميت . والثالث يتعاق باعيان التركة فقط قاله ابن أبي موسى ورد بازوم براءة ذمة الميت فيها بالتألف وإذا عرف هذا فلم هذا الاختلاف فوائد : (منها) نفوذ تصرف الورثة فيها بيع أو غيره من العقود فان قلنا بعدم الانتقال اليهم ولا إشكال في عدم النفوذ ، وان قلنا بالانتقال فوجهان . أحدهما لا ينفذ قاله القاضي في المجرى وابن عقيل في باب الشركة

من كتابيهما وحمل القاضي في غير المجرد رواية ابن منصور على هذا والثاني ينفذ قاله القاضي وابن عقيل أيضاً في الرهن والقسمة وجعل المذهب وانما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان قاله القاضي قال ومضى خلى الورثة بين التركة وبين الغرماء سقطت مطالبتهم بالدين ونصب الحاكم من يوفيههم منها ولم يملكها الغرماء بذلك وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيما طولبوا بآيون كلها كما تقول في سيد الجاني إذا فداءه ينفذه بارش الجناية بالغا ما بلغ على رواية وكلام أحمد في رواية البرزاطي ها هنا يدل عليه وسند كره وفي الكافي إنما يضمنون أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين وعلى الأول ينفذ العتق خاصة كعتق الراهن ذكره أبو الخطاب في اقتصاره وحكى القاضي في المجرد في باب العتق في نفوذ العتق مع عدم العلم بالدين وجهين وأنه لا ينفذ مع العلم وجعل صاحب الكافي أخذهما أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة هل يملك الورثة إسقاطها باتزامهم الأداء من عندهم أم لا ورواية ابن منصور السابقة تدل على أنهم لا يملكون ذلك وفي النظريات لابن عقيل أن عتق الورثة إنما ينفذ مع يسارهم دون إعسارهم اعتباراً بعتق موروثهم في مرضه لأن موروثهم كانت ملكه ثابتاً فيها بغير خلاف ولا ينفذ عتقه مع الإعسار فلأن لا ينفذ عتقهم مع إعسارهم والاختلاف في ملكهم أولى وهل يصح رهن التركة عند الغرماء قال القاضي في المجرد لا يصح وعال بأنها كالرهونة عندهم بمقتهم والمرهون لا يصح رهنه وبأن التركة ملك للورثة فلا يصح رهن ملك الغير بغير إذنه فعلى التحليل الأول لا يصح رهن الورثة لها من الغرماء وإن قيل هي ملكهم وعلى الثاني ينبغي أن يصح رهن الموصى لها إذا قلنا ليست ملكاً للورثة (ومنها) نساء التركة فإن قلنا لا ينتقل إلى الورثة تعلق حق الغرماء بالنساء كالأصل وإن قلنا ينتقل إليهم فهل يتعلق حق الغرماء بالنساء على وجهين وقد سبق بسط هذه المسئلة في قاعدة النساء (ومنها) أو مات رجل عليه دين وله مال زكوى فهل يبتدىء الورثة حول زكاته من حين موت موروثه أم لا إن قلنا لا تنتقل التركة إليه مع الدين فلا إشكال في أنه لا يجرى في حوله حتى ينتقل إليه وإن قلنا ينتقل ابنى على أن الدين هل هو مضمون في ذمة الوارث أو هو في ذمة الميت خاصة فإن قلنا الدين في ذمة الوارث وكان مما يمنع الزكاة ابنى على أن الدين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصة فيه روايتان محكيتان في شرح الهداية والمذهب أنه يمنع الانعقاد فيمنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال وإن قلنا إنما يمنع وجوب الزكاة في آخر الحول منع الوجوب ها هنا آخر الحول في قدره أيضاً وإن قلنا ليس في ذمة الوارث شيء فظاهر كلام أصحابنا أن تعلق الدين بالمال مانع وسند كره (ومنها) لو كان له شجر وعليه دين فمات فها هنا صورتان . أحدهما أن يموت قبل أن يسر ثم أثمرت قبل الوفاء فينبى على أن الدين هل يتعلق بالنساء أم لا ؟ فإن قلنا يتعلق به خرج على الخلاف في منع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة وإن قلنا لا يتعلق به فالزكاة على الوارث

وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك اليه أما إن قلنا لا ينتقل فلا زكاة عليه إلا أن ينفك التعلق قبل بدو صلاحه . الصورة الثانية أن يموت بعد ما أثمرت فيتعلق الدين بالثمرة ثم إن كان موته بعد وقت الوجوب فقد وجبت عليه الزكاة إلا أن نقول إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر وإن كان قبل وقت الوجوب فإن قلنا تنتقل التركة الى الورثة مع الدين فالحكم كذلك لأنه مال لهم يتعلق به دين ولا سيما إن قلنا إنه في ذمتهم وإن قلنا لا تنتقل التركة اليهم فلا زكاة عليهم وهذه المسئلة تدل على أن النماء المنفصل يتعلق به حق الغرماء بغير خلاف (ومنها) لو مات وله عبيد وعليه دين وأهل هلال الفطر فإن قلنا لا ينتقل الملك فلا فطرة لهم على أحد وإن قلنا ينتقل ففطرتهم على الورثة (ومنها) لو كانت التركة حيواناً فإن قلنا بالانتقال الى الورثة فالتفقة عليهم والافق التركة كمؤنته وكذلك مؤنة المال كأجرة المخزن ونحوه (ومنها) لو مات المدين وله شقص فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء فهل للورثة الاخذ بالشفعة إن قلنا بالانتقال اليهم فلهم ذلك والا فلا ولو كان الوارث شريك الموروث وبيع نصيب الموروث في دينه فإن قلنا بالانتقال فلا شفعة للوارث لأن البيع وقع في ملكه فلا يملك استرجاعه وإن قيل بعده فله الشفعة لأن المبيع لم يكن في ملكه بل في شركته (ومنها) لو وطئ الوارث الجارية الموروثة والدين يستغرق فأولادها فإن قلنا هي ملكه فلاحد ويلزمه قيمتها يوفي منها الدين كما لو وطئ الرهن وإن قلنا ليست ملكه فلا حد أيضاً لنسبة الملك فانه يملكها بالفسكالك فهي كالرهن وعليه قيمتها ومهرها يوفي بها الدين ذكره أبو الخطاب في انتصاره ففائدة الخلاف حينئذ وجوب المهر (ومنها) لو تزوج الابن أمة أبيه ثم قال لها إن مات أبي فأنت طالق وقال أبوه إن مت فأنت حرة ثم مات وعليه دين . مستغرق لم تعتق لاستغراق الدين للتركة فلا ثلث للميت لينفذ منه العتق وهل يقع الطلاق قال القاضي في المجرد نعم وعال بأنه لم يملكها فهي باقية على نكاحه وقال ابن عقيل لا تطلق لأن التركة تنتقل إلى الورثة فيسبق الفسخ الطلاق فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه وكذلك لو لم يدبرها الأب سواء وفي المذهب وجه آخر بالوقوع وإن قيل بالانتقال حتى ولو لم يكن دين بنى على ما سبق من الطلاق للفسخ وقد ذكرناه في القواعد (ومنها) لو أقر لشخص فقال له في ميراثه ألف فالمشهور انه متناقض في اقراره وفي التلخيص يحتمل أن يلزمه اذ المشهور عندنا ان الدين لا يمنع الميراث فهو كما لو قال له في هذه التركة ألف فانه إقرار صحيح وعلى هذا فإذا قلنا بمنع الدين الميراث كان مناقضاً بغير خلاف (ومنها) لو مات وترك ابنين وألف درهم وعليه ألف درهم دين ثم مات أحد الابنين وترك ابناً ثم أبرأ الغريم الورثة فذكر القاضي انه يستحق ابن الابن نصف التركة بميراثه عن أبيه وذكره في موضع إجماعاً وعليه في موضع بأن التركة تنتقل مع الدين فانتقل ميراث الابن إلى أبيه وهذا منهم منه انه على القول بمنع الانتقال يختص به ولد الصلب لانه هو الباقي من الورثة وابن الابن ليس

يوارث معه والتركه لم تنقل إلى أبيه وإنما انتقلت بعد موته وبشهادته لهذا ما ذكره صاحب المحرر في الوصية إذا مات الموصي له وقبل وارثه فإنه يملكه هو دون موروثه على قولنا تلك الوصية من حين القبول (ومنها) رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف فإن قلنا ينتقل إلى الورثة امتنع رجوعه وبه حال الإمام أحمد وإن قلنا لا ينتقل يرجع به لأسباب والحق هنا متعلق في الحياة تعلقاً متأكداً ومن العجب أن عن أحمد رواية بسقوط حق المرتهن من الرهن بموته فيكون أسوة الغرماء كغريم المفلس حكاه القاضي وابن عقيل وهذا عكس ما نحن فيه (ومنها) ما نقل البرزاطي عن أحمد أنه سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم وعليه لغرماء أكثر من ألف درهم وليس له وارث غير ابنه فقال ابنه لغرمائه اتركوا هذا الألف في يدي وأخروني في حقوقكم ثلاث سنين حتى أوفيكم جميع حقوقكم قال إذا كانوا استحقوا قبض هذه الألف وإنما يؤخرونه ليوفيههم لأجل أن يتركها في يديه فهذا لا خير له فيه إلا أن يقبضوا الألف منه ويؤخرونه في الباقي ما شاؤوا قال بعض شيوخنا تخرج هذه الرواية على القول بأن التركه لا تنتقل قال وإن قلنا تنتقل إليهم جاز ذلك وهو أقيس بالمذهب وتوجيه ما قال إن حق الغرماء في عين التركه دون ذمة الورثة فإذا اسقطوا حقوقهم من التعاق بشرط أن يوفيههم الورثة بقية حقوقهم فهو إسقاط بعوض غير لازم للوارث فإن قيل بانتقال التركه إلى الوارث فقد أذن له في الانتفاع بماله بعوض يلزمه له في ذمته وإن قيل بعدم الانتقال فهو شبهه بتسليمه ألفاً لألفين إلى أجل وإن لم يكن تمليكاً مع أن قول أحمد لا خير فيه ليس تصريحاً بالتحريم فيحتمل الكراهة قوله ويؤخرونه في الباقي ما شاؤوا يدل على أن الورثة إذا تصرفوا في التركه صاروا ضامنين لجميع الدين في ذمتهم فيطالبون به متى كان الدين في ذم الورثة قوى الجواز لأن انتقاله إلى ذمتهم فرع انتقال التركه إليهم فيبقى كالمفلس إذا طلب من غرمائه الأهمال واسقاط حقوقهم من أعيان ماله ليوفيههم إياها كاملة إلى أجل (ومنها) ولاية المطالبة بالتركه إذا كانت ديناً ونحوه هل للورثة خاصة أم للغرماء والورثة قال أحمد في رواية عبد الله في رجل مات وخلف ودیعة عند رجل ولم يوص إليه بشيء وخاف عليه ديناً يجوز لهذا المودع أن يدفع إلى ولد الميت فقال إن كان أصحاب الدين جميعاً يعلمون أنه مودع ويخاف تبعثهم أن يرجعوا عليه ليخلفوا جميع أصحاب الدين والورثة يسلم إليهم ونقل صالح نحوه وهذا يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة وحمله القاضي على الاحتياط قال لأن التركه ملك للورثة ولهم الوفاء من غيرها وظاهر كلامه إن قلنا التركه ملك لهم فاهم ولاية الطلب والقبض وإن قلنا ليست ملكاً لهم فليس لهم الاستقلال بذلك وقال الشيخ محمد الدين عندی أن نص أحمد على ظاهره لأن الورثة والغرماء تتعلق حقوقهم بالتركه كالرهن والجاني فلا يجوز الدفع إلى بعضهم قال وإنما المشكل أن مفهوم كلامه جواز الدفع إلى الورثة بمفردهم ولعله أراد إذا

وثق بثوقيتهم الدين (انتهى) ولا ريب أن حقوق الورثة تتعلق بها أيضاً وإن قلنا لا ينتقل اليهم وهم قائمون مقام الوصي عند عدمه أيضاً في إيفائه الديون وغيرها عند طائفة من الأصحاب فالتوجه هو الدفع إلى الورثة والفرماء جميعهم ولا يملكون الدفع إلى الغرماء بافترادهم بكل حال وقد نص أحمد في رواية منها فيمن عنده ودعة وصي بها ربحاً لرجل ثم مات أن المودع لا يدفعها إلى الموصي له فإن فعل ضمن ولكن يجمع الورثة والموصي له فإن أجازوا والدفع اليهم جميعاً ولعل هذا فيما إذا لم يثبت الوصية في الظاهر وإنما المودع يدعي ذلك أو أنها لا تخرج من الثلث وكذلك قال أن أجازوا لغير الورثة والا فالعين الموصي بها إذا خرجت من الثلث لأحق فيها للورثة ولا تنتقل اليهم بكل حال على الصحيح وفي المحرر أن من عليه دين يوصي به لمعين فهو مخير أن شاء دفعه إلى الموصي وأن شاء دفعه إلى الموصي له بخلاف الوصية المطلقة فإنه لا يبرأ بدون الدفع إلى الوارث والوصي جميعاً لأنها كالدين وقد نص أحمد أيضاً في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين فقضا ربه عنه أنه يجوز في الباطن دون الظاهر ووجهه القاضي بأن الورثة لأحق لهم في ذلك المال الذي في مقابلة الدين فلا يكون متصرفاً في حقوقهم وهذا مترجعه على القول بأن التركة لا تنتقل اليهم مع الدين فلا يكون القضاء من أموالهم ويرجع ذلك إلى أن كل مال مستحق يجوز دفعه إلى مستحقه مع وجود من له ولاية القبض وقد سبق ذكره في القواعد .

١٣ - [الثالثة عشرة] التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة في المسألة روايتان يبنى عليهما فوائد كثيرة : (منها) لو قتل المدبر سيده هل يعتق وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الروايتين أن قلنا هو عتق بصفة عتق وإن قلنا وصية لم يعتق لأن المذهب أن الموصي له إذا قتل الموصي بعد الوصية لم يعتق وهي طريقة ابن عقيل وغيره والثانية أنه لا يعتق على الروايتين وهي طريقة القاضي لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه (ومنها) يبيع المدبر وهبته والمذهب الجواز لأنه وصية أو تعليق بصفة وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة وفيه رواية أخرى بالمنع بناء على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كاستيلاء (ومنها) اعتباره من الثلث على المذهب لأنه وصية ونقل حنبل أنه من رأس المال وهو متخرج على أنه عتق لازم كاستيلاء (ومنها) إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول وفي صحته روايتان بناهما الخري والأصحاب على هذا الأصل فإن قيل هو وصية جاز الرجوع عنه وإن قلنا عتق فلا والقاضي وأبي الخطاب في تعليلهما طريقة أخرى أن الروايتين هنا على قولنا أنه وصية لأنها وصية نتجت بالموت من غير قبول بخلاف بنية الوصايا وهو منتقض بالوصية لجهات البر ولأبي الخطاب في الهداية طريقة ثالثة وهي بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع أما إن قلنا يمتنع الرجوع بالفعل فالقول أولى (منها) لو باع المدبر ثم اشتراه فهل يكون يبعه رجوعاً فلا يعود تدبيره أو لا يكون رجوعاً فيعود فيه روايتان أيضاً بناهما القاضي والأكثرون على هذا الأصل فإن قلنا التدبير وصية بطالت بخروجه

عن ملكه ولم يبعد نفوذه وان قلنا هو تعليق بصفة هاد يعود الملك بناء على أصلنا في عود الصفة يعود الملك في العتق والطلاق وطريقة الخرق وطائفة من الأصحاب أن التدبير يعود يعود الملك هاهنا رواية واحدة بخلاف ما اذا أبطال تدبيره بالقول وهو يتنزل على أحد أمرين أما أن الوصية لا تبطل بزوال الملك مطلقاً بل تعود بعوده وأما ان هذا حكم الوصية بالعتق خاصة (ومنها) لو قال عبدى فلان حر بعد موتى بسنة فهل يصح ويمتق بعد موته بسنة أم يبطل ذلك ؟ على روايتين بناءها طائفة من الأصحاب على هذا الأصل فان قلنا التدبير وصية صح تقيدها بصفة أخرى توجد بعد الموت وان قلنا عتق بصفة لم يصح ذلك وهؤلاء قالوا لو صرح بالتعليق فقال ان دخلت الدار بعد موتى بسنة فأنت حر لم يمتق رواية واحدة وهى طريقة ابن عقيل في اشاراته والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبني على هذا الأصل فان التدبير والتعليق بالصفة إنما يبطل بالموت مع الاطلاق لأن مقتضى الاطلاق وجود الصفة في حياة السيد فأما مع التنفيذ بما يمنع بعد الموت فتتفقد به ومن الأصحاب من جعل هذا المقدر تدبيراً ومنهم من ينفي ذلك ولهم في حكاية الخلاف فيه أربعة طرق قد ذكرناها في غير هذا الموضع (ومنها) لو كاتب مدبرة فهل يكون رجوعاً عن التدبير ان قلنا التدبير عتق بصفة لم يكن رجوعاً وان قلنا هو وصية انبنى على أن كتابة الموصى به هل تكون رجوعاً فيه وجهان أشهرهما أنه رجوع والمشهور في المذهب أن كتابة المدير ليست رجوعاً عن تدبيره ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على أنه رجوع (ومنها) لو وصى بعبد ثم دبره ففيه وجهان أشهرهما أنه رجوع عن الوصية والثاني ليس برجوع فعلى هذا فائدة الوصية به أنه لو أبطال تدبيره بالقول لاستحققه الموصى له ذكره في المغنى وقال الشيخ تقي الدين يبنى على أن التدبير هل هو عتق بصفة أو وصية فان قلنا هو عتق بصفة قدم على الموصى به وإن قلنا هو وصية فقد ازدحت وصيتان في هذا العبد فينبى على أن الوصايا المزدحة إذا كان بعضها عتقا هل يقدم أو يتحاص العتق وغيره على روايتين فان قلنا بالمخاصة فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه ويصح ذلك على المنصوص (انتهى) وقد يقال الموصى له إن قيل لا يملك حتى يقبل فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه فينفذ وان قيل يملك من حين الموت فقد تقارن زمن ملكه زمن العتق فينبغي تقديم العتق كما نص عليه أحمد في مسألة من عتق عبده ببيعته (ومنها) الوصية بالمدير والمذهب أنها لا تصح ذكره القاضى وأبو الخطاب في خلافهما لان التدبير الطارىء اذا أبطال الوصية على المشهور فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له وبني الشيخ هذه المسائل ايضا على الاصول السابقة (ومنها) ولد المدبرة والمشهور أنه يتبعها في التدبير كما ولدته بعده سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق أو حادثاً بينهما وحكى القاضى في كتاب الروايتين في تبعية الولد روايتين وبناهما على أن التدبير هل هو عتق لازم كالاستيلاد ومن هنا قال أبو الخطاب في انتصاره

تبعية الولد مبنى على لزوم التدبير وخرج أبو الخطاب وجها أنه لا يتبعها الحادث بينهما وإنما يتبعها إذا كان موجودا معها في أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة بناءً على أن التدبير تعليق بصفة فينبغي على هذا أن يخرج طريقة أخرى أنه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف وإنما كان موجودا في أحد الحالين فهل يتبعها على وجهين بناءً على أن المدبر وصية وحكم ولد الموصى بها كذلك وعند الأصحاب (ومنها) لو جحد السيد التدبير فالنصوص عن أحمد أنه ليس برجوع وقال الأصحاب إن قلنا هو عتق بصفة لم يكن رجوعاً وإن قلنا هو وصية فوجهان بناءً على أن جحد الموصى الوصية هل هو رجوع أم لا .

١٤ - [الرابعة عشر] نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها في المسألة روايتان مشهورتان أحدهما أنها للحمل وهي اختيار الخرق وأبي بكر ، وينبنى عليهما فوائد . (منها) إذا كان أحد الزوجين رقيقاً ، فإن قلنا النفقة للزوجة وجبت لها على الزوج لأن نفقة زوجة العبد في كسبه أو تتعلق برقبته حكاه ابن المنذر إجماعاً وفي الهداية نفقة زوجته على سيده فتجب هاهنا على السيد وإن قلنا : للحمل لم تجب عليه لأنه إن كان هو الرقيق فلا يجب عليه نفقة أقاربه وإن كانت هي الرقيقة فالولد مملوك لسيد الأمة فنفقته على مالكة . (ومنها) إذا كان الزوج معسراً فإن قلنا النفقة للزوجة وجبت عليه وإن قلنا للحمل لم تجب عليه لأن نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة . (ومنها) لو مات الزوج فهل يلزم أقاربه النفقة إن قلنا هي للحمل لزم الوارث وإن قلنا هي للزوجة لم يلزمهم بحال . (ومنها) لو غاب الزوج فهل تثبت النفقة في ذمته فيه طريقان . أحدهما إن قلنا هي للزوجة تثبت في ذمته ولم تسقط بمضي الزمان على المشهور من المذهب وإن قلنا : هي للحمل سقطت لأن نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة والثاني لا تسقط بمضي الزمان على الروايتين وهي طريقة المغنى وعمل بأنها مصروفة إلى الزوج ويتعلق حقها بها فهي كنفقتها . ويشهد له قول الأصحاب لو لم ينفق عليها يظنها حائلاً ثم تبين أنها حامل لزم نفقة الماضي [(ومنها) إذا اختلعت الحامل بنفقتها فهل يصح جعل النفقة عوضاً للخلع . قال الشيرازي : إن قلنا النفقة لها تصح وإن قلنا للحمل لم تصح لأنها لم تملكها . وقال القاضى والا كثرون : يصح على الروايتين لأنها مصروفة إليها وهي المنتفعة بها] (ومنها) لو نشزت الزوجة حاملاً فإن قلنا نفقة الحمل لها سقطت بالانشور وإن قلنا للحمل لم تسقط به . (ومنها) الحامل من وطء الشبه أو نسكاح فاسد هل تجب نفقتها على الواطئ إن قلنا النفقة لها لم تجب لأن النفقة لا تجب الموطوءة بشبهة ولا في نسكاح فاسد لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها الآن يسكنها في منزل يليق بها تحصيلاً لما له فيلزمها ذلك ذكره في المحرر وتجب لها النفقة حينئذ ذكره الشيخ تقي الدين . وإن قلنا : النفقة للحمل وجبت لأن اتسب لاحق بهذا الواطئ ونص أحمد في رواية ابن الحكم على وجوب النفقة لها وقال الشيخ تقي الدين يتوجه وجوب النفقة لها مطلقاً من غير حمل كما يجب

لها المهر المسمى ويتقرر بالخلوة على المنصوص لانها محبوسة عليه في العقد الفاسد ولا تزوج عندنا بدون طلاقه وقاسه على العبد المتبوض بعقد فاسد ولو أزم حاكم بالنفقة في النكاح الفاسد المختلف فيه لاعتقاد صحته فللزواج الرجوع بالنفقة عند من يرى فساده ذكره القاضي في المجرد وذكر صاحب المغنى احتمالاً بعدم الرجوع لانه نقض للحكم المختلف فيه ولا يجوز ما لم يخالف كتاباً أو إجماعاً وذكر في المغنى أيضاً انه لو انفق في النكاح الفاسد من غير حاكم لم يرجع لانه ان علم فساده كان متبرعاً وان لم يعلم فهو مفطر (ومنها) لو كان الحمل موسراً بأن يوصى له بشيء فيقبله الأب فان قلنا النفقة له سقطت نفقته عن أبيه وان قلنا لأمه لم تسقط ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو دفع اليها النفقة فتلفت بغير تفريط فان قلنا النفقة لها لم يلزم بدائها وان قلنا للحمل وجب إبدائها لان ذلك حكم نفقة الأقارب (ومنها) لو اعتق الحامل من ملك يمينه فهل يلزمه نفقتها ان قلنا النفقة لها لم تجب إلا حيث تجب نفقة العتق وان قلنا النفقة للحمل وجبت بكل حال (ومنها) فطرة المطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها وجبت لها الفطرة وان قلنا للحمل فطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصحيح (ومنها) هل تجب السكنى للمطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها فلها السكنى أيضاً وان قلنا للحمل فلا سكنى لها ذكره الحلواني في التبصرة (ومنها) نفقة المتوفى عنها اذا كانت حاملاً وفي وجوبها روايتان بناهما ابن الزاغوني على هذا الا انه قال : فان قلنا النفقة للحمل وجبت من اتركة كما لو كان الأب حياً وان قلنا للمرأة لم تجب وهذا لا يصح لان نفقة الأقارب لا تجب بعد الموت والأظهر ان الأمر بالعكس وهو أنا ان قلنا للحمل لم تجب للمتوفى عنها لهذا المعنى وان قلنا للمرأة وجبت لأنها محبوسة على الميت لحقه فتجب نفقتها من ماله وقد سبق ذكر ذلك في قاعدة الحل. هل له حكم أم لا ؟ (ومنها) البائن في الحياة بفسخ أو طلاق إذا كانت حاملاً فلها النفقة وحكي الحلواني وإبناه رواية أنه لا نفقة لها كالتوفي عنها وخصها إبناه بالمبتوتة بالثلاث وبناها على أن النفقة للمرأة والمبتوتة لا تستحق نفقه وإنما تستحق النفقة إذا قلنا هي للحمل وهذا متوجه في القياس إلا أنه ضعيف مخالف للنص والإجماع فيما أظن ووجوب النفقة للمبتوتة الحامل يرجح القول بأن النفقة للحمل (ومنها) لو تزوج امرأة على أنها حرة فبانت أمة وهو ممن يباح له نكاح الأيماء ففسخ بعد الدخول وهي حامل منه ففي كتاب النكاح من المجرد هو النكاح الفاسد إن قلنا النفقة للحمل وجبت على الزوج وإن قلنا للحامل لم تجب عليه وذكر في النفقات ما يدل على وجوبها على الروايتين وهو الصحيح لأن هذا نكاح صحيح يلزم فيه النفقة وفي عدته (ومنها) لو وطئت الرجعية بشبهة أو نكاح فاسد ثم بان بها حمل يمكن أن يكون من الزوج والواطي فيلزمها أن تعتد بعد وضعه عدة الواطي فأما نفقتها في مدة هذه العدة فان قلنا النفقة للحمل فعليهما النفقة عليها حتى تضع لأن الحمل لأحدهما بقينا ولا نعلم عينه ولا ترجع

المرأة على الزوج بشيء من الماضي وإن قلنا النفقة للحامل فلا نفقة لها على واحد منهما مدة الحمل لأنه
يحتمل أنه من الزوج فيلزمه النفقة ويحتمل أنه من الآخر فلا نفقة لها (عليه) فلا يجب بالشك فإذا
وضعت قد علمنا أن النفقة على أحدهما وهو غير معين فيلزمها جميعا النفقة حتى ينكشف الأب منهما
وترجع المرأة على الزوج بعد الوضع بنفقة أقصر المدتين من مدة الحمل أو قدر ما بقي من العدة بعد الوطء
الفاسد لأنها تعتد عنه بأحدهما قطعا ثم إذا زال الاشكال والحقت القافة بأحدهما بقيه عمل بمقتضى
ذلك فإن كان مصها وفق حقها من النفقة وإلا رجعت على الزوج بالفضل ولو كان الطلاق بائنا فالحكم
كما تقدم في جميع ما ذكرنا إلا في مسألة واحدة وهي أنه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزوج
سواء قلنا النفقة للحمل أو للحامل لأن النفقة لا تستحق مع البينة إلا بالحمل وهو غير متحقق هنا أنه منه
بمخلاف الرجعية ذكر ذلك كاه القاضي في المبرد . ولو قيل في صورة الرجعية إذا قلنا النفقة للحمل إنها
يجب على من خرجت عليه اقترعة من الزوج والواطي وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما
ليوجبها إلا أن يقال يحتمل أن يكون، نهما جميعا فتتمتع القرعة على أحدهما لذلك ومتى ثبت نسبه من أحدهما
فقال القاضي في موضع من المبرد يرجع عليه الآخر بما أنفق لأنه لم ينفق متبرعا وقيد في موضع
آخر منه بأنه يشترط الرجوع وينفق باذن الحاكم فإن شرط الرجوع وأنفق من غير إذن حاكم فعلى
روايتين كقضاء الدين وقد ذكرنا ذلك مستوفى في القواعد والصحيح هنا الرجوع مطلقا لأنه واجب
عليه في الظاهر وقد ذكر صاحب المغنى أن الملاءنة لو أنفقت على الولد ثم استلحقه الملاءن رجعت
عليه لأنها إنما أنفقت لظنها أنه لأب له وأما إذا قلنا النفقة للحامل فإنما نوجب لها النفقة على واحد منهما
لأن الحامل لا نفقة لها على الواطي بشبهة أو في نكاح فاسد كما سبق والزواج ليس بمتنع من الاستمتاع
بها في حالة الحمل لأن الرجعية إذا حلت في عدة من شبهة انقطعت عدة الزوج من مدة الحمل وحرم على
الزوج الاستمتاع بها وهل له رجعتها في هذه المدة لبقاء بقية عدته عليها على وجهين وجزم القاضي في
خلافه بالمنع ويرجع صاحب المغنى الجواز على الوجهين لا نفقة لها لتحريم الاستمتاع بها على الزوج سواء
كانت مكنت من الوطء أو لا فإنه لو غصبها غاصب فلا نفقة لها .

١٥ [الخامسة عشرة] القتل العمد هل موجه القود عنها أو أحد أمرين في المسألة روايتان وقد

سبق ذكرهما وقوائدهما في القواعد بما يبنى عنه

١٦ [السادسة عشرة] المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا في المسألة روايتان إحداهما لا يزول

ملكه بل هو باق عليه كالمستمر على عصمته واثنائية تزول وفي وقت زواله روايتان إحداهما من حين موته
مرتدا والثانية من حين رده فإن أحلم أعيد إليه . ملكا جديدا وهي اختبار أبي بكر وابن أبي موسى وفيه

رواية ثالثة أنا نتبين بموته مرتدا زال ملكه من حين الردة ولهذا الاختلاف فوائد كثيرة (منها) لو ارتد في أثناء حول الزكاة فإن قلنا زال ملكه بالردة انقطع الحول بغير تردد . وإن قلنا لا يزول فالمشهور أن الزكاة لا تجب عليه وإن عاد إلى الإسلام فينقطع الحول أيضا لأن الإسلام من شرائط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في جميع الحول . وحكى ابن شاقلا رواية أنه تجب عليه الزكاة إذا عاد لما مضى من الأحوال واختارها ابن عقيل . وإن ارتد بعد الحول لم تسقط عنه إلا إذا عاد إلى الإسلام وقلنا إن المرتد لا يلزمه قضاء ما تركه قبل الردة من الواجبات والصحيح من المذهب خلافه (ومنها) لو ارتد المعسر ثم أسير في زمن ارتداده ثم عاد إلى الإسلام وقد أعسر فإن قلنا إن ملكه يزول بالردة لم يلزمه الحج باليسار السابق وإن قلنا لا يزول ملكه فهل يلزمه الحج بذلك اليسار ينبنى على وجوب العبادات عليه في حال الردة وإلزامه قضاءها بعد عوده إلى الإسلام والصحيح عدم الوجوب فلا يكون بذلك مستطيعاً (ومنها) حكم تصرفاته بالمعاوضات والتبرعات وغيرها فإن قلنا لا يزول ملكه بحال فهي صحيحة نافذة وإن قلنا يزول بموته أقر المال بيده في حياته ونفقت معاوضاته ووقفت تبرعاته المنجزة والمعلقة بالموت فإذا مات ردت كلها وإن لم تبلغ الثلث لأن حكم الردة حكم المرض المخوف وإنما لم تنفذ من ثلثه لأن ماله يصير فيئاً بموته مرتداً وإن قلنا يزول ملكه في الحال جعل في بيت المال ولم يصح تصرفه فيه بحال لكن إن أسلم رد إليه ملكاً جديداً وإن قلنا هو موقوف مراعى حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها فإن أسلم أمضيت وإلا تبينا فسادها (تنبيه) إنما تبطل تصرفاته لنفسه في ماله فلو تصرف غيره بالوكالة صح ذكره القاضي وابن عقيل لأن إبطال تصرفاته إنما هو لزوال ملكه ولا أثر لذلك في تصرفه بالوكالة نعم لو كان قد وكل وكيلاً ثم ارتد وقلنا يزول ملكه بطلت وكالته ولو تصرف لنفسه بنكاح لم يصح لأن الردة تمنع الإقرار على النكاح وإن زوج موليته لم يصح لزوال ولايته بالردة حتى عن أمته الكافرة (ومنها) لو باع شقصاً مشفوعاً في الردة فإن قلنا بصحة بيعه أخذ منه بالشفعة والا فلا ولو بيع في زمن رده شقص فجعل في تركته فإن قلنا ملكه باق أخذ بالشفعة والا فلا (ومنها) لو حاز مباحاً أو عمل عملاً بأجرة فإن قلنا ملكه باق ملك ذلك وإن قلنا زال ملكه لم يملكه فإن عاد إلى الإسلام بعد ذلك فهل يعود ملكها إليه؟ فيه احتمالان مذكوران في المغنى (ومنها) الوصية له وفي صحتها وجهان بناء على زوال ملكه وبقائه فإن قلنا زال ملكه لم تصح الوصية له وإلا صحت (ومنها) ميراثه فإن قلنا لا يزول ملكه بحال فهو لورثته من المسلمين أو من دينه الذي أخاره على اختلاف الروايتين في ذلك وإن قلنا يزول ملكه من حين الردة أو بالموت فماله في ليس لورثته منه شيء (ومنها) نفقة من تلزمه نفقته فإن قلنا ملكه باق ولو في حياته أو مراعى أنفق عليهم من ماله مدة الردة ، وإن قلنا زال بالردة فلا نفقة لهم منه في مدة الردة لأنه لا يملكه (ومنها) قضاء

ديونه وهو كائنقة فيقضى ديونه على الروايات كلها إلا على رواية زوال ملكه من حين الردة فلا تقضى منه الديون المتجددة في الردة وتقضى منه الديون الماضية فانه إنما يكون شيئاً ما فضل عن أداء ديونه ونفقات من يلزمه نفقته لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها فيؤخذ من ماله ويصير الباقي شيئاً (ومنها) لو دبر عبداً ثم ارتد السيد ثم عاد الى الاسلام فان قلنا لا يزول ملكه فالتدبير بحاله وان قلنا زال ملكه انبني على أن زوال الملك عن المدير هل يبطل تدبيره أم لا وجزم ابن أبي موسى بطلان تدبيره .

١٧ [السابعة عشرة] الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا . المذهب عند القاضى أنهم يملكونها من غير خلاف والمذهب عند أبي الخطاب في انتصاره أنهم لا يملكونها . وقد نقل أبو طالب عن أحمد ما يدل على ذلك وحكى طائفة روايتين في المسألة منهم ابن عقيل في فنونه ومفرداته وصحيح فيها عدم الملك وقال الشيخ تقي الدين ان أحمد لم ينص على الملك ولا على عدمه وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك والصواب أنهم يملكونها ملكاً مقيداً لا يساوى أملاك المسلمين من كل وجه ولهذا الخلاف فوائد : (منها) أن من وجد من المسلمين حين ماله قبل القسمة أخذه بحاجنا بغير عوض وان وجد بعد القسمة فالمنصوص عن أحمد أنه لا يأخذه بغير عوض وهل يسقط حقه منه بالكلية أو يكون أحق به بالثمن على روايتين واختار أبو الخطاب أنه أحق به بحاجنا بكل حال وقد قال أحمد في رواية أبي طالب هذا هو القياس لأن الملك لا يزول إلا بهبة أو صدقة ولكن عمر قال لا حق له فيه (ومنها) اذا قلنا يملكون أموال المسلمين فغنت منهم ولم يعلم أربابها من المسلمين فانه يجوز قسمتها والتصرف فيها ومن قال لا يملكوها فقياس قوله أنه لا يجوز قسمتها ولا التصرف بل توقف كاللقطة ذكره صاحب المغني وغيره وأما ما عرف مالك من المسلمين فانه لا يجوز قسمته بل يرد اليه على القولين ونص عليه أحمد في رواية غير واحد وقيد ذلك من رواية أبي داود فيما اذا كان مالكه بالتقرب (ومنها) إذا أسلموا وفي أيديهم أموال المسلمين فهي لهم نص عليه أحمد وقال في رواية أبي طالب ليس بين الناس اختلاف في ذلك ، وهذا ينزل على القول بالملك فان قيل لا يملكونها فهي لربها متى وجدها وقاله أبو الخطاب في انتصاره ونفى صاحب المغني الخلاف في المذهب في المسألة فكأنه ظن أن أبا الخطاب وافق عليها فانه لم يقف على الانتصار . واعل مأخذه أن الشارع ملك الكافر باسلامه ما في يده من أموال المسلمين بقوله من أسلم على شيء فهو له فهذا تمامك جديد بما كونه به لا بالاستيلاء الاول والله أعلم .

وقد قيل إن هذا يرجع الى كل ما قبضه الكافر من الأموال وغيرها قبضاً فاسداً يعتقدون جوازه فانه يستقر لهم بالاسلام كالعقود الفاسدة والانكحة والموارث وغيرها ولهذا لا يضمنون ما أنفقوه على المسلمين من النفوس والأموال بالاجماع (ومنها) او كان لمسلم أمتان أختان فأبقت احدهما الى دار

الحرب فاستولوا عليها فله وطء الباقية عنده لأن ملكه زال عن أخذها وقياس قول أبي الخطاب لا يجوز حتى يحرم الآبقة بعق أو نحوه لأنه يمنع من وطء إحدى الاختين ابتداء قبل تحريم الأخرى (ومنها) لو استولى العدو على مال مسلم ثم عاد إليه بعد حول أو أحوال فإن قلنا ملكوه فلا زكاة عليه لما مضى من المدة بغير خلاف وإن قلنا لم يملكوه فهل يلزمه زكاته لما مضى على روايتين بناء على زكاة المال المنصوب والضائع من ربه (ومنها) لو أعتق المسلم عبده الذي استولى عليه الكفار فإن قلنا ملكوه لم يمتق وإلا حقق (ومنها) لو سبي الكفار أمة مزوجة بمسلم فإن قلنا يملكونها فالقياس أنه يفسخ النكاح لأنهم يملكون رقبتها ومنافعها فيدخل فيه منفعة بضعها فيفسخ نكاح زوجها كما يفسخ نكاح الكافرة المسيية لسبينا لها لهذا المعنى . ومن الأصحاب من علل انفساخ الكافرة المسيية بالجهل ببقاء زوجها فيكون كالعدوم وعلى هذا يمتنع انفساخ النكاح هاهنا وأبو الخطاب منع من انفساخ النكاح بالسبي بكل حال وهو قول شاذ يخالف الكتاب والسنة . والعين المؤجرة كالامة المزوجة سواء فاما الزوجة الحرة فلا يفسخ النكاح بسببها لأنهم لا يملكون الحرة بالسبي فلا يملكون بضعها وفي مسائل ابن هانيء عن أحمد إذا سبيت المرأة ولها زوج ثم استنقذت تعود إلى زوجها إن شئت وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسبي ووجهه أن منافع الحرة في حكم الأموال وهذا تضمن بالنصب على رأى فجاز أن تملك بالاستيلاء بخلاف غيره لاسيما والاستيلاء بسبب قوى يملك به ما لا يملك بالعقود الاختيارية ولهذا يملك به المصاحف والرقائق المسلم ويملكون به كالم ولد على رواية فجاز أن يملكوها به منفعة بضع الحرة ولا يلزم من ذلك إباحة وطئها لهم لأن تصرفهم في أموال المسلمين لا يباح لهم وإن قيل إنهم يملكونها وعلى هذا فلو سبوا أجيالاً مستأجراً لمسلم انفسخت الإجارة أيضاً . وقد تأول الآمدى قول أحمد ترجع إليه إن شئت على أن المراد إن شئت ترجع إليه في العدة في من وطء أهل الحرب وإن شئت اعتدت في موضع آخر لأن العدة ليست بحق له وإنما هي حق عليها لزمها في غير جهته ولا يخفى بعد هذا التأويل من كلام أحمد وأن كلامه لا يدل عليه بوجه (ومنها) لو استولى الكفار على مدبر لمسلم ثم عاد إلى سيده فهل يبطل تديره؟ إن قلنا إنهم لم يملكوه لم يبطل وإن قلنا ملكوه انبنى على أن المدبر إذا زال الملك فيه فهل يبطل التدير أم لا على روايتين وجزم ابن أبي موسى بطلانه هاهنا فاما المكاتب فلا تبطل كتابته لأنه يجوز بيعه ويبقى على كتابته وكذلك الموهون لأن الملك ينتقل فيه بالارث وغيره والرهن باق (سؤال) عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشفعة قهراً مع أنها معلومة فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض (الجواب) عنه أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين بمجرد الاستيلاء على المنصوص عن أحد بل بالحيازة إلى دارهم فعلى هذا لا يثبت لهم تملك في دار الاسلام وعلى الرواية الأخرى المخرجة أنهم يملكون بمجرد الاستيلاء فالاستيلاء على دارهم لا يكون

مقلوباً فلا تصور استيلاءهم عليه إلا بمصير الدار دار حرب فلا ملك لهم في دار الإسلام أيضاً ولما أن يكون متولياً قائم بقوله يخلف حكمه حكم القطار لأن القطار يختص بدار الإسلام والكافر ملحق به اليها ويستفهم ومتحصن بها وليس من أهلها بالأصالة فهو كالمتأجر مع المالكين ولهذا يجمع الكافر من أحياء الموات في دار الإسلام على قول مع أنه زيادة حمارة وليس الموات ملكاً لمعين من المسلمين فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المعين وإذا كان المسلم يباح له مزاحمة الكافر فيما ثبت له فيه حق وغبه وإبطال حقه منه بعد سبقه إليه بالخطبة على خطبته والسوم على سومه كما نص عليه أحمد استدلالاً بالحديث فكيف يمكن من نقص ملك المسلم وانتزاعه منه قهراً بعد ثبوت الملك له هذا باطل قطعاً وهذا أحسن من الاستدلال بقوله وإذا لقيتموهم في طريق فاظهروهم إلى أضيقة مع أني لم أر أحداً استدلى به وقد استدلى أحمد بحديث الطريق وبالأمر باخراجهم من جزيرة العرب

١٨ [الثامنة عشرة] الغنيمة هل تملك بالاستيلاء المجرد أم لا بدمعه من نية التملك المنصوص عن أحمد وعليه أكثر الأصحاب أنها تملك بمجرد الاستيلاء وإزالة أيدي الكفار عنها وهل يشترط مع ذلك فعل الحيازة كالمباحات أم لا قال القاضي في خلافه لا يملك بدون اختيار الملك وتردد في الملك قبل القسمة هل هو باق للكفار أو أن ملكهم انقطع عنها وينبغي على هذا الخلاف فوائد عديدة (منها) جريانه في حول الزكاة فإن كانت الغنيمة أجناساً لم ينعقد عليها حول بدون القسمة وجهاً واحداً لأن حق الواحد منهم لم يستقر في جنس معين وإن كانت جنساً واحداً فوجهان أحدهما ينعقد الحول عليهما بالاستيلاء بناء على حصول الملك به قاله القاضي في المجرد وابن عقيل والثاني لا ينعقد بدون القسمة قاله القاضي في خلافه وحكاه عن أبي بكر وبناء على أن الملك لا يثبت فيها بدون اختيار التملك لفظاً وهذا بعيد لأن أبا بكر يقول بنفوذ العتق قبل القسمة ولأنه لو كان كذلك لانعقد الحول عليها باختيار التملك دون القسمة إذ القسمة مجردة لا يفيد الملك عند القاضي وإنما مأخذ أبي بكر أن استحقاق الغانمين ليس على وجه الشركة المحضة ولذلك لا يتعين حق أحدهم في شيء منها بدون حصوله له بالقسمة فلا ينعقد عليها الحول قبيلها كما لو كانت أصنافاً (ومنها) لو أعتق أحد الغانمين رقيقاً من المغنم بعد ثبوت رقه أو كان فيهم من يعتق عتق إن كان بقدر حقه وإن كان حقه دونه فهو كمن أعتق شقصاً من عبد نص عليه في رواية المروزي وابن الحكم واختاره أبو بكر والقاضي في المجرد وقال في الخلاف لا يعتق حتى يسبق تملكه لفظاً ووافقه أبو الخطاب في انتصاره ولكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك واختار صاحب المحرر المنصوص فيما إذا كانت الغنيمة جنساً واحداً وقول القاضي فيما إذا كانت أجناساً كما سبق في الزكاة وفي الإرشاد لابن أبي موسى أن أعتق جارية معينة قبل القسمة لم يعتق فإن حصلت له

بمد ذلك بالقسمة عتقت قال وإن كان في السبي من يعتق عليه بالملك عتق عليه أن كان بقدر حصته والا عتق منه بقدر حصته فكأنه جعله عتقا قهريا كالارث وفرق بينه وبين العتق الاختياري (ومنها) لو استولد أحد الغانمين جارية من السبي قبل القسمة فالمنصوص أنها تصير أم ولد له ويضمن لبقية الغانمين حقوقهم منها وقال القاضي في خلافه لا تصير مستولدة له وإنما يتعين حقه فيها لأن حملها بحر يمنع بيعها وفي تأخير قسمتها حتى تضع ضرر على أهل الغنيمة فوجب تسليمها إليه من حقه وهذا بعيد جداً . ولا يبي الخطاب في انتصاره طريقة أخرى وهي أنه إنما نفذ استيلادها لشبهة الملك فيها وإن لم ينفذ اعتاقها كما ينفذ استيلاذ الابن في أمة أبيه دون اعتاقها وهو أيضا ظاهر ما ذكره صاحب المحرر وحكي في تعليقه على الهداية احتمالا آخر بالفرق بين أن تكون الغنيمة جنسا واحداً أو أجناسا كما ذكره في العتق (ومنها) لو أتلف أحد الغانمين شيئا من الغنيمة قبل القسمة فإن قلنا الملك ثابت فيها فعليه ضمان نصيب شركائه خاصة ونص عليه أحمد في الاستيلاذ وإن قلنا لم يثبت الملك فيها فعليه ضمان جميعها (ومنها) لو اسقط الغانم حقه قبل القسمة ففيه طريقان أحدهما أنه مبني على الخلاف فإن قلنا بملكها لم يسقط الحق بذلك والا سقط وهو ظاهر ما ذكره القاضي في خلافه والثاني يسقط على القولين لضعف الملك وعدم استقراره وهو ما ذكره صاحب المحرر والترغيب (ومنها) لو مات أحد قبل القسمة والاحتياز فالمنصوص أن حقه ينتقل إلى ورثته وظاهر كلام القاضي أنه وافق على ذلك وجعل المورث هو الحق دون المال وفي الترغيب إن قلنا لا يملك بدون الاحتياز فمن مات قبله فلا شيء له ولا يورث عنه كحق الشفعة ويحتمل أن يقال على هذا يكتفي بالمطالبة في ميراث الحق كالشفعة (ومنها) لو شهد أحد الغانمين بشيء من المنعم قبل القسمة فإن قلنا قد ملكوه لم يقبل كشهادة أحد الشريكين للآخر وإن قلنا لم يملكوا قبلت ذكره القاضي في خلافه قال الشيخ تقي الدين وفي قبولها نظر وإن قلنا لم يملكوا لأنها شهادة تاجر نفعا قلت هذا ذكره القاضي في مسألة ما إذا وطئ أحد الغانمين جارية من المنعم وذكر في مسألة السرقة من بيت المساء والغنيمة أنه لا يقبل شهادة أحد الغانمين بمال الغنيمة مطلقا وهو الاظهر

١٩ [التاسعة عشرة] القسمة هل هي افراز أو بيع المذهب أن قسمة الاجبار وهي مالا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا ضرر عليه افراز لا بيع وذهب ابن بطة الى أنها كالبيع في أحكامه وحكي الآمدى روايتين قال الشيخ محمد الدين الذي يتحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وافرأ في الباقي لأن أصحابنا قالوا في قسمة الطلاق عن الوقف إذا كان فيها رد من جهة صاحب الوقف جاز لأنه يشتري به الطلاق وإن كان في جهة صاحب الطلاق لم يجوز ويتفرع على الاختلاف في كونها إفرازا أو بيعا فوائد كثيرة : (منها) لو كان بينهما مائتة مشتركة فاقسمها ما في أثناء الحزل واستد اما خبطة الأوصاف فإن قلنا القسمة

افراز لم ينقطع الحول بغير خلاف وإن قلنا بيع خرج على بيع المساشية بمجنسها في أثناء الحول هل يقطعه أم لا (ومنها) إذا تقاسما وصرحا بالتراضي واقتصرا على ذلك فهل يصح إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع فوجهان حكاهما صاحب الترغيب وكأن مأخذها الخلاف في اشتراط الايجاب والقبول وظاهر كلامه أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين ويتخرج أن لا يصح من الرواية التي حكاهما في التلخيص باشتراط لفظ البيع والشراء في البيع (ومنها) لو تقاسموا ثمر النخل والعنب على للشجر أو الزرع المشتمل في سنبله خرصاً أو الربويات على ما يختارون من كيل أو وزن فإن قلنا هي إفراز جار ونص عليه أحد في رواية الأثرم في جواز القسمة بالخرص وإن قلنا بيع لم يصح وفي الترغيب إشارة إلى خلاف في الجواز مع القول بالافراز وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه بشرط التبقية فيجوز على القول بالافراز دون البيع (ومنها) لو كان بعض العقار وقفاً وبعضه طلقاً وطلب أحدهما القسمة جازت إن قلنا هي افراز وإن قلنا بيع لم يجوز لأنه يبيع للوقف فأما إن كان السكل وقفاً فهل يجوز قسمته فيه طريقان . أحدهما أنه كإفراز الطاق من الوقف سواء وهو المجزوم به في المهرر . والثاني أنه لا يصح قسمته على الوجهين جميعاً على الأصح وهي طريقة الترغيب وعلى القول بالجواز فهو مختص بما إذا كان وقفاً على جهتين لا على جهة واحدة صرح به الأصحاب نقله الشيخ تقي الدين (ومنها) قسمة المرهون كله أو نصفه مشاعاً إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع لم تصح ولو استقر بها المرتهن فإن رهنه أحد الشريكين حصته من حق معين من دار ثم اقتسما فحصل البيت في حصة شريكه فظاهر كلام القاضى أنه لا يمنع منه على القول بالافراز قل صاحب الغنى يمنع منه (ومنها) إذا اقتسما أرضاً فبنى أحدهما في نصيبه وغرس ثم استمعت الأرض يقام غرسه وبناءه فإن قلنا هي افراز لم يرجع على شريكه وإن قلنا بيع عليه بقيمة القبض إذا كان عالماً بالحال دونه ذكره في المغنى وجزم القاضى بالرجوع عليه مع قوله إن القسمة إفراز (ومنها) ثبوت الخيار فيها وفيه طريقان . أحدهما ينبئ على الخلاف وإن قلنا افراز لم يثبت فيها خيار وإن قلنا بيع ثبت وهو المذكور في الفصول والتلخيص وفيه ما يوهم اختصاص الخلاف في خيار المجلس فأما خيار المجلس فلا يثبت فيها على الوجهين والثاني يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط على الوجهين قاله القاضى في خلافه معللاً بأن ذلك جعل للارتياح فيما فيه الحظ وهذا المعنى موجود في القسمة . وقال الشيخ تقي الدين وهذا صريح في أن قسمة التراضي افراز لأن قسمة الاجبار لا معنى لثبوت الخيار فيها إذ في كل لحظة يملك الاجبار فلا يقع ثبوت الخيار في فسخا وذكر أيضاً أنه حيث وجبت القسمة فينبغى أن تكون لازمة لأن أحدهما لو فسخا كان للآخر مطالبته بإعادتها فلا فائدة فيه وقد يكون فيه ضرر على أحدهما فإنه قد يتصرف فيما حصل له ولغيره فإذا انقضت

القسمة تقرر بذلك ولم يحصل له الانتفاع ولا سيما إن تكرر ذلك من شريكه مضارة . قلت ويشهد لهذا ما ذكره
القاضي في خلافه في المعنيين بالنفقة إذا طلق الحاكم عليه رجعيًا ثم ارتجع من غير يسار تحدده أنه لا يصح
رجعته لما فيه من إعادة الضرر الذي أزلناه بالطلاق وقال ابن عقيل في عمد الأئمة وصاحب المعنى له
الرجعة فإذا ارتجع عادت المطالبة له فإن طلق عليه حتى يستوفي الطلاق الثلاث وأخذه ابن عقيل من المولى
عليه إذا طلق في أثناء المدة بعد طلب الفينة طلاقًا رجعيًا فإن له رجعتها ويطالب بالفينة ثانياً والقاضي يفرق
بينهما بأن رجعة المولى أقرب إلى حصول مقصود المرأة من الفينة من حال العدة الجارية إلى البيئونة بخلاف
رجعة العسر ولكن لا يتوجه على قول ابن عقيل التمكن من فسخ قسمة الإيجاب هنا لأن الضرر في
الطلاق لا يتأبد لأنه محدود بثلاث مرات بخلاف ضرر الفسخ هنا فإنه يكون لانهايه له وذكر الشيخ
تقي الدين أن المولى إذا طلق لم يكن من الرجعة إلا بشرط أن يفىء لأن أصل الرجعة إنما أباحها الله
لمن أراد الإصلاح فكيف بالمولى الذي يظهر منه قصد الإضرار فلا يمكن من الرجعة بدون شرط الفينة
لأن ارتجاعه زيادة في الإضرار وذكر في الكافي في هذه المسألة أنها إن اقتسمتا بنفسهما لم يلزم القسمة
إلا بتراضيهما وتفرقهما كالبيع وإن قسم بينهما الحاكم أو قاسمه أو عدل عالم نصفاه بينهما لزمته قسمة
بغير رضاها إلا أن يكون فيهما رد فوجهان نظرًا إلى أنها بيع فيقف على الرضاء وإلى أن المقاسم كالحاكم وقرعته
كحكمه (ومنها) ثبوت الشفعة فيها وفيه طريقان أحدهما بناءً على الخلاف فإن قلنا إفراز لم يثبت والا
ثبت وهو ما ذكره السامري في باب الربا والثاني لا يوجب الشفعة على الوجهين قاله القاضي وصاحب
الحرر لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر أثبت للآخر عليه فيتنايان ومنها قسمة المتشاركين في الهدى
والأضاحي اللحم فإن قلنا إفراز جازت وإن قلنا بيع لم يجوز وهذا ظاهر كلام الأصحاب (ومنها) لو حلف
لا يبيع فقام فإن قلنا القسمة بيع حثث والا فلا ذكره الأصحاب وقد يقال الأيمان محمولة على العرف
ولا تسمى القسمة بيعاً في العرف فلا يثبت بها ولا بالحوالة ولا بالاقالة وإن قيل هي بيع (ومنها) لو اقتسم
الورثة العقار ثم ظهر على الميت دين أو وصية فإن قلنا هي إفراز فالقسمة باقية على الصحة وإن قلنا بيع
فوجهان بناءً على الخلاف في بيع التركة المستغرقة بالدين وقد سبق (ومنها) لو ظهر في القسمة غبن فاحش
فإن قلنا هي إفراز لم يصح لتبين فساد الإفراز وإن قلنا بيع صححت وثبت فيها خيار الغبن ذكره في الترغيب
والبلة (ومنها) لو اقتسم داراً نصفين ظهر بعضها مستحقاً فإن قلنا القسمة إفراز انتقضت القسمة لفساد
الإفراز وإن قلنا بيع لم ينتقض ويرجع على شريكه بقدر حقه في المستحق كما إذا قلنا بذلك في تفريق الصفقة
كما لو اشترى داراً فبان بعضها مستحقاً ذكره الأمدى وفي الحرر أن كان المستحق معيناً وهو في الحصتين
فالقسمة بطلت ولم يحك خلافاً وذكر صاحب الكافي احتمالاً بالبطلان بناءً على عدم تفريق الصفقة إذا قلنا

هي بيع وإن كان المستحق معيناً في إحدى الحصتين أو شائناً فيهما أو في أحدهما فثلاثة أوجه في المحرر أحدها تبطل والثاني لا تبطل والثالث تبطل بالاشاعة في أحدهما خاصة وهو ظاهر كلام القاضي والأول اختيار القاضي وابن عقيل مع قولهما بتفريق الصفقة قال الشيخ محمد الدين والوجهان الأولان فرع على قولنا بتفريق الصفقة في المبيع فأما إن قلنا لا تفريق هناك بطلت هاهنا وجهها واحداً وفي البلغة إذا ظهر بعض حصة أحدهما مستحقاً انتقضت القسمة وإن ظهرت حصتها على استواء النسبة وكان معيناً لم ينتقض وإذا عللنا بفساد تفريق الصفقة بالجهالة وإن عللناه باشمالها على مالا يجوز بطلت وإن كان المستحق مشاعاً انتقضت القسمة في الجميع على أصح الوجهين (ومنها) إذا مات رجل وزوجته حامل وقلنا لها السكنى فأراد الورثة قسمة المسكن قبل انقضاء المدة من غير إضرار بها بأن يملأوا الحدود بخط أو نحوه بغير نقص ولا بناء في المغنى يجوز ذلك ولم ينبه على الخلاف في القسمة مع أنه قال لا يصح بيع المسكن في هذه الحال لجهالة مدة الحمل المستثناة فيه حكماً وهذا يدل على أن هذا يغتفر في القسمة على الوجهين ويحتمل أن يقال متى قلنا القسمة بيع وإن بيع هذا المسكن يصح لم تصح القسمة (ومنها) قسمة الدين في ذم الغرماء فإن قلنا القسمة إفراز صححت وإن قلنا بيع لم تصح وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين وهذا البناء متوجه على طريقة من طرد الخلاف في قسمة التراضي كاشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى مع أنه يميل إلى دخول الاجبار في قسمة الدين على الغرماء المتقاربين في الملاءة لأن الذم عندنا تكافؤاً بدليل الاجبار على قبول الحوالة على المالى وخص القاضي وابن عقيل الروابيتين بما إذا كان الدين في ذمتين فصاعداً فإن كان في ذمة واحد لم تصح قسمته رواية واحدة وانكر ذلك الشيخ محمد الدين ويشهد لقوله أن القاضي في خلافه قال إذا قبض أحد الشريكين من الدين بأذن شريكه اختص بما قبضه وفرق في موضع آخر بين الدين الثابت بعقد فيختص أحد الشريكين بما قبضه منه ولو بغير إذن وبين الثابت بآث ونحوه فلا يختص وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على الاشتراك في ثمن الطعام المشترك ونص في روايته على جواز القسمة بالتراضي في الذمة الواحدة وسلك صاحب المغنى في توجيه الروابيتين في المسألة طريقة ثانية وهي أن قبض أحد الشريكين من الدين المشترك هل هو قسمة للدين أو تعيين لحقه بالأخذ كالأبراء فإن قلنا هو قسمة لم يجوز لأحدهما الافراد باقبض فإن أذن الشريك فيه فوجهان أحدهما يصح وينفرد به القابض لأن الحق لشريكه وقد أسقطه والثاني لا يصح وهو قول أبي بكر لأن حق الشريك في الذمة لا في عين المال فلا ينفع إذنه في قبض الأعيان وفيه ضعف فإن الأعيان هي متعلق حقه وكذلك يتعلق حقوق غرماء المفلس بماله وإن قلنا ليس القبض قسمة جاز لأن حق الشريك في الذمة ولا ينتقل إلى العين الا بقبض الغريم أو وكيله فقبض الشريك تعيين لحقه لا غير فيختص به دون شريكه سواء كان بأذن الشريك

(٥٣ - قواعد)

أو بدونه وكذلك حكى صاحب المغني هذه الرواية وذكّر عن أحمد ما يدل عليها وقد أنكرها أبو بكر عبد العزيز ويتوجه عندي في توجيه الروايتين طريقة ثالثة وهي أن أحد الشريكين إذا قبض من الدين فأتى قبض حقه المختص به لكن ليس له القبض دون شريكه لا اشتراكهما في أصل الاستحقاق كغرماء المفلس فإذا قبض بدون إذن شريكه فهل لشريكه مقاسمته فيما قبضه أم لا على الروايتين فوجه المحاصة القياس على قبض بعض الشركاء من الأعيان المشتركة بدون قسمة كالمواريث أو من الأعيان المتعلقة بها حقوقهم كمال المفلس ووجه عدم المحاصة أن المقبوض من الدين كله حق للقباض ولهذا لو أتلّف في يده كان من نصيبه ولم يضمن لشريكه شيئاً بخلاف القبض من الأعيان فعلى هذه الرواية لا فرق بين أن يقبض بأذن الشريك أو بدونه وعلى الأولى إن قبض بأذنه فهل له محاصة فيه على وجهين لأن حقه في المحاصة إنما ثبت بعد القبض فهو كاسقاط الشفعة قبل البيع والله أعلم وقد يقال التراضي بقبض كل واحد منهما بعض الدين قسمة له لأن القسمة في الأعيان تقع في المحاسبة والأقوال في المنصوص فكذا في الديون وأما إن كان المشترك بعضه عيناً وبعضه ديناً فأخذ بعض الشركاء العين وبعضهم الدين وقد نص أحمد على جوازه مع الكراهة وحكاها عن ابن عباس وقال لا يكون إلا في الميراث وخرجه الشيخ مجد الدين على القول بجواز بيع الدين من غير الغريم لأن هذه القسمة بيع بغير خلاف عنده وعلى ما ذكره الشيخ تقي الدين قد يطرّد فيها الخلاف والله أعلم (ومنها) قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلّي مع غيبة الآخر وامتناعه من الأذن بدون إذن الحاكم وفيه وجهان سبق ذكرهما في القواعد والوجهان على قولنا القسمة إفرازان قلنا هي بيع لم يجرّ وجهاً واحداً فأما غير المثلّي فلا يقسم إلا مع الشريك أو من يقوم مقامه كالوصى والولي والحاكم (ومنها) لو اقتسما داراً لحصل الطريق في نصيب أحدهما ولم يكن للآخر منفذ يتطرق منه فقال أبو الخطاب وصاحب المغني والمحرم تبطل القسمة وخرج صاحب المغني فيه وجهاً آخر أنها تصح ويشارك في الطريق من نص أحده على اشتراكهما في مسيل الماء وتدذكّرنا ذلك فيما سبق في القواعد ويتوجه أن يقال إن قلنا القسمة إفراز بطالت وإن قلنا بيع صحّت ولزم الشريك تمكّيته من الاستطراق بناء على قول الأصحاب إذا باعه بيتاً من وسط داره ولم يذكّر طريقاً صح البيع واستتبع طريقه كما ذكره القاضي في خلافه لو اشترط دأبه الاستطراق في القسمة صح قال الشيخ وجد الدين هذا قياس مذهبنا في جواز بيع الممر (ومنها) لو حاف لائاً كل بما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمرو طعاماً مشاعاً وقلنا يحنث بالأكّل منه فتقاسما ثم أكل الحالف من نصيب عمرو فذكر الأمدى أنه لا يحنث لأن القسمة إفراز

حق لا يبيع وهذا يقتضي أنه يحث إذا قلنا هي بيع وقال القاضي قياس المذهب أنه يحث مطلقاً لأن القسمة لا تخرجه عن أن يكون زيدا اشتراه ويحث عند أصحابنا بكل ما اشتراه زيد ولو انتقل الملك عنه إلى غيره وفي المعنى احتمال لا يحث هنا وعليه يتخرج أنه لا يحث إذا قلنا القسمة بيع. ونختتم هذه الفوائد بذكر فائدتين بل قاعدتين يكثر ذكرهما في مسائل الفقه وانتشر فروعهما انتشاراً كثيراً ونذكر ضوابطهما واقتسامهما

٢٠ — [العشرون] الفائدة الأولى التصرفات للغير بدون اذنه هل تقف على إجازته أم لا ويعبر عنها بتصريف الفضولي وتحتها أقسام (القسم الأول) أن تدعو الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه ويتمذر استئذانه أما للجمل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الإجازة وهو في الأموال غير مختلف فيه في المذهب وغير محتاج إلى إذن حاكم على الصحيح وفي الإبضاع مختلف فيه غير أن الصحيح من المذهب جوازه أيضاً وفي افتقاره إلى الحاكم خلاف فاما الأموال فكما التصرف باللقطة التي لا تملك وكالصدق بالودائع والغصب التي لا تعرف ربها أو انقطع خبره وقد سبق في القواعد استقصاء هذا النوع ويكون ذلك موقوفاً فإن أجاز المالك وقع له أجره وإلا ضمنه المتصرف وكان أجره له صرح به الصحابة رضي الله عنهم وأما الإبضاع فتزويج امرأة المقتود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك فإن امرأته تترى أربع سنين ثم تعد وتباح للزواج وفي توقف ذلك على الحاكم روايتان واختلاف في مأخذهما فقيل لأن أمارات موته ظاهرة فهو كاليت حكمه وقيل بل لأن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته فيباح لها فسخ نكاحه كما لو ضارها بالغيبة وامتنع من القدوم مع المراسلة وعلى هذين المأخذين ينبغي أن الفرق هل تبطل ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط وتبنى الاختلاف في طلاق المولى لها وله مأخذ ثالث وهو الأظهر وهو أن الحاجة دعت هنا إلى التصرف في حقه من بضع الزوجة بالفسخ عليه فيصح الفسخ وبزوجها بغيره ابتداء للحاجة فإن لم يظهر فالأمر على ما هو عليه وإن ظهر فإن ذلك موقوف على إجازته فإذا قدم فإن شاء أمضاه وإن شاء رده. والقسم الثاني أن لا تدعو الحاجة إلى هذا التصرف ابتداء بل إلى صحته وتنفيذه بان تطول مدة التصرف وتكثر ويتعدد استرداد أعيان أهواله فالأصحاب فيه طريقتان أشهرهما أنه على الخلاف الآتي ذكره والثاني أنه ينفذها هنا بدون إجازة دفعا لضرر المالك بتفويت الربح وضرر المشتري بتحريم ما قبضوه بهذه العقود وهذه طريقة صاحب التاخير في باب المضاربة وصاحب المغنى في موضع منه والقسم الثالث أن لا تدعو الحاجة إلى ذلك ابتداء ولا دواماً فهذا القسم في بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على إجازة المالك وتنفيذه

روايتان معروفتان واعلم أن لتصرف الشخص في مال غيره حالتان (أحدهما) أن يتصرف فيه المالك فهذا محل الخلاف الذي ذكرناه وهو نائب في التصرف في ماله بالبيع والاجارة ونحوهما . وأما في النكاح فلا أصحاب فيه طريقان أحدهما اجراؤه على الخلاف وهو ما قال القاضي والآخر كثرون والثاني الجزم بطلانه قولاً واحداً وهو طريق أبي بكر وابن أبي موسى ونص أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن القاسم فعلى هذا لو زوج المرأة أجنبي ثم أجاز الولي لم ينفذ بغير خلاف كما لو زوجت المرأة نفسها نعم لو زوج غير الأب من الأولياء الصغيرة بدون إذنهما أو زوج الولي الكبيرة بدون إذنهما فهل يبطل من أصله أو يقف على إجازتهما على روايتين ذكر ذلك ابن أبي موسى (الحالة الثانية) أن يتصرف لنفسه وهو الغاصب ومن يملك مال غيره لنفسه فيجيزه له المالك فاما الغاصب فذكر أبو الخطاب في جميع تصرفاته الحكيمة روايتين أحدهما البطلان والثانية الصحة قال وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والزكاة والحج والعقود كالبيع والاجارة والنكاح وعلى ذلك جماعة ممن بعده ثم منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيد بالوقف على الاجازة ومنهم من قيدها كالقاضي في خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى في موضع من كلامهما فإن أريد بالصحة من غير وقف على الاجازة وقوع التصرف من المالك وإفادة ذلك للمالك له فهو الطريق الثاني في القسم الثاني الذي سبق ذكره وإن أريد الوقوع للغاصب من غير إجازة ففسد قطعاً في صورة شراؤه في الذمة إذا نفذ المال من المغصوب فإن الملك ثبت له فيها نص عليه في رواية المروذي ولا ينافي ذلك قولنا إن الربح للمالك لأنه فائدة ماله ويلزمه فيختص به وإن كان أصل الملك لغيره صرح به القاضي في خلافه ومن فروع ذلك في العبادات المالية لو أخرج الزكاة عن ماله من مال حرام فالمشهور أنه يقع باطلاً وحكى عن أحمد أنه إن أجاز المالك أجزأته (ومنها) لو تصدق الغاصب بالمال فإنه لا تقع الصدقة له ولا يثاب عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول ولا يثاب المالك على ذلك أيضاً لعدم نسبته إليه ذكره ابن عقيل في فنونه ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب ومن الناس من قال يثاب المالك عليه ورجحه بعض شيوخننا هذا الذي تولد من مال اكتسبه فيؤجر وإن لم يقصده كما يؤجر على المصائب التي تولد له خيراً وعلى عمل ولده الصالح وعلى ما ينتفع به الناس والدواب من زرعه وثماره (ومنها) لو غصب شاة فذبحها لمتعته أو قرأه مثلاً فإنه لا يجزئه صرح به الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد لأن أصل الذبح لم يقع قرينة من الابتداء فلا ينقلب قرينة بعده كما لو ذبحها للحمها ثم نوى بها المتعة وحكى الأصحاب رواية مرفوعة على إجازة المالك كالزكاة ونص أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها

لغيره فلا تجزئه وبين أن يظنها لنفسه فتجزئه في رواية ابن القاسم وسندي وسوى كثير من الأصحاب بينهما في حكاية الخلاف ولا يصح (ومنها) لو أنكح الأمة المفصوبة وفي وقفه على الأجازة الخلاف وعلى طريقة أبي بكر وابن أبي موسى هو باطل قولاً واحداً ويبعد هاهنا القول بنفوذه مطلقاً بدون أجازة بل هو باطل بخلاف لنص السنة ولنصوص أحمد المتكاثرة وأما من يملك مال غيره لنفسه بعوض أو غيره فيجيزه المالك فهو شبيه بتصرف الفضولي المحض فيخرج على الخلاف فيه . ومن صور ذلك ما إذا قال عبد فلان حر في مالي فأجازته المالك فالمنصوص عن أحمد أنه لا ينفذ وخرج ابن أبي موسى وجهاً بنفوذه بالأجازة ويلزمه ضمائه (القسم الرابع) التصرف للغير في الذمة دون المال بغير ولاية عليه فإن كان بمقد نكاح ففيه الخلاف السابق وإن كان يبيع ونحوه مثل أن يشتري في ذمته فطريقان أحدهما أنه غير الخلاف أيضاً قاله القاضي وابن عقيل في موضع وأبو الخطاب في الانتصار . والثاني الجزم بالصحة هاهنا قولاً واحداً سم إن أجازته المشتري له ملكه والا لزم من اشتراه وهو قول الخرقى والاكثرين وقال القاضي في موضع آخر وابن عقيل يصح بغير خلاف لكن هل يلزم المشتري ابتداءً أو بعد رد المشتري له عى روايتين واختلاف الأصحاب هل تفتقر الحال بين أن يسمى المشتري له في العقد أم لا فمنهم من قال لا فرق بينهما منهم ابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من قال إن سماه في العقد فهو كما لو اشترى له بعين ماله ذكره القاضي وأبو الخطاب في انتصاره في غالب ظني وابن المنى (كذا) وهو مفهوم كلام صاحب المحرر (القسم الخامس) التصرف في مال الغير باذنه على وجه تحصل فيه مخالفة الإذن وهو نوعان أحدهما أن تحصل مخالفة الإذن على وجه يرضى به عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه فالصحيح أنه يصح اعتباراً فيه بالإذن العرفي (ومن صور ذلك) ما لو قال بعه بائة فباعه بثمانين فإنه يصح . وكذلك لو قال اشترى لي بائة فاشترى له بثمانين (ومنها) لو قال له بعه بائة نسيئة فباعه بائة نقداً فإنه يصح (ومنها) لو قال بعه بائة درهم فباعه بائة دينار فإنه يصح على الصحيح وفيه وجه لا يصح لمخالفته في جنس القدر (ومنها) لو قال بع هذه الشاة بدينار فباعها بدينار وثوب أو ابتاع شاة وثوباً بدينار فإنه يصح قال القاضي هو المذهب ثم ذكر احتمالاً أنه يبطل في الثوب بحصته من الشاة لأنه من غير الجنس (ومنها) لو أمر أن يشتري له شاة بدينار فاشترى شاتين بالدينارين تساوى كل واحدة منهما ديناراً فإنه يصح لذلك فإن باع إحداها بدون إذنه ففيه طريقان . أحدهما أنه يخرج على تصرف الفضولي . والثاني وجهاً واحداً وهو المنصوص عن أحمد بخبر عروة بن الجعد ولأن ما فوق الشاة المأمور بها لم يتعين أنه صحيح

فصار موكولا الى نظره وما يراه (النوع الثاني) أن يقع التصرف مخالفا للاذن على وجه لا يرضى به الاذن عادة مثل مخالفة المضارب والوكيل في صفقة العقد ذون أصله كأن يبيع المضارب نساء على قولنا بمنعه منه أو يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه أو يبيع نساء أو بغير نقد البلد صرح القاضي في المجرد باستواء الجميع في الحكم فالاصحاب هاهنا طرق أحدها أنه يصح ويكون المتصرف ضامنا للمالك وهو اختيار القاضي في خلافه ومن اتبعه في المخالفة في الثمن لأن التصرف هنا مستند أصله الى اذن صحيح وانا وقعت المخالفة في بعض أوصافه فيصح العقد باصل الاذن ويضمن المخالف لمخالفته في صمته وعلى هذا فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه على المنصوص في رواية ابن منصور ومن الاصحاب من فرق بينهما وأبطله في صورة الشراء كصاحب المغنى والسامري ولا فرق أيضا بين أن يقدر له الثمن أولاً على أصح الطريقتين وصرح به القاضي وغيره ونص أحمد على ذلك في رواية الاثرم وأبي داود وابن منصور والثاني أنه يبطل العقد مع مخالفته التسمية لمخالفة صريح الاذن بخلاف ما إذا لم يسمه فإنه إنما خالف دلالة العرف ومن قال ذلك القاضي في المجرد وابن عقيل في فصوله وفرق القاضي في خلافه وكثير من الاصحاب بين البيع نساء وبغير نقد البلد فأبطلوه فيهما بخلاف نقص الثمن وزيادته وفرقوا بان المخالفة في النساء وغير نقد البلد وقعت في جميع العقد وفي النقص والزيادة في بعضه وفيه ضعف وقد نص أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن منصور . والطريقة الثانية أن في الجميع روايتين أحدهما الصحة والضمان والثانية البطلان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصححا رواية البطلان وتأولا رواية الضمان على بطلان العقد وأن العين تعذر ردها فيأخذ المالك الثمن ويضمن المشتري ما نقص من قيمة السلعة من الثمن وهذا بعيد جداً وهو مخالف لصريح كلام أحمد وحاصل هذه الطريقة أن هذه المخالفة تجعله كتصرف الفضولي سواء وظاهر كلام الخرقى في الوقف هاهنا عن الاجازة دون المخالفة لأصل العقد مثل أن يشتري بعين ماله مالم يأذن له في شرائه فإنه صرح في البطلان هاهنا وجعله كتصرف الفضولي المحض ونص أحمد في رواية عبد الله وصالح فيمن أمر رجلا أن يشتري له شيئاً فخالفه كان ضامناً فإن شاء الذي أعطاه ضمنه وأخذ مادفعه اليه وإن شاء أجاز البيع فإن كان فيه ربح فهو لصاحب المال على حديث عروة البارقي وهذا نص للوقف بالمخالفة إلا أنه لم يقيد بالمخالفة بالصفة والطريقة الثالثة أن في البيع بدون ثمن المثل وغير نقد البلد إذا لم يقدر له الثمن ولا عين النقد روايتان البطلان كتصرف الفضولي والصحة ولا يضمن الوكيل شيئاً لأن اطلاق العقد يقتضي البيع بأي ثمن كان ولأي نقد كان بناء على أن

الامر بالمأهية الكفاية ليس أمراً بشيء من جزئياتها والبيع نساء كالبيع بغير نقد البلد وهذه طريقة سلكها القاضي في المجرد وابن عقيل أيضاً في موضع آخر وهي بعيدة جداً لمخالفته لمنصوص أحد وكذلك حكم المخالفة في المهر فلو أذنت المرأة لوليها أن يزوجه بمهر شتمته فزوجها بدونه فانه يصح ويضمن الزيادة نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وحكى الأصحاب رواية أخرى أنه يسقط المسمى ويلزم الزوج مهر المثل وكذا لو لم يسمى المهر فان الاطلاق ينصرف الى مهر المثل ويستثنى من ذلك الأب خاصة فانه لا يلزم في عقده سوى المسمى ولو لم تأذن فيه أو طلبت تمام المهر نص عليه في رواية منها وأما المخالفة في عوض الخلع إذا خالع وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل أو وكيل الزوج بدونه فيه ثلاثة أوجه البطلان وهو قول ابن حاتم والقاضي والصحة وهو قول أبي بكر ومنصوص أحمد والبطلان بمخالفته وكيله والصحة بمخالفة وكيلها وهو قول أبي الخطاب ومع الصحة يضمن الوكيل الزيادة والنقص وهذا الخلاف من الأصحاب منهم من أطلقه مع تقدير المهر وتركه ومنهم من خصه بما إذا وقع التقدير فاما مع الاطلاق فيصح الخلع وجهاً واحداً وفيه وجهان آخران ذكرهما القاضي أحدهما يبطل المسمى ويرجع إلى مهر المثل والثاني يخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا شيء له غيره ويسقط حقه من الرجعة وبين رده على المرأة ويثبت له الرجعة وفي مخالفة وكيل الزوجة وجه آخر أنه يلزمها أكثر الأمرين من المسمى ومهر المثل ذكره ابن البناء (القسم السادس) التصرف للغير بهال المتصرف مثل أن يشتري بعين ماله سلعة لزيد ففى المجرد يقع باطلا رواية واحدة ومن الأصحاب من خرج على الخلاف في تصرف الفضولي وهو أصح لأن العقد يقف على الاجازة ويعتبر الثمن من ماله يكون إقراضاً للشئ له أو هبة له فهو كمن أوجب لغيره عقد في ماله فقبله الآخر بعد المجلس وقد نص أحمد على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب والصحيح في توجيهها أنها من باب وقف العقود على الاجازة وهو أخذ ابن عقيل وذخيره ففى هذا لا فرق في ذلك بين عقد وعقد فكل من أوجب عقد الغائب عن المجلس فباخه فقبله فقد أجازة وأهضاه ويصح على هذه الرواية ويرى أبو بكر رواية أخرى أنه لا يصح الا في مجلس واحد واختارها

٢١ — [الحادية والعشرون] (الفائدة الثانية) الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا فإذا بطل بعضها بطل كلها في المسألة روايتان أشهرهما أنها تتفرق والمسألة صور أحدها أنه يجمع العقدان ما يجوز العقد عليه ولا يجوز بالكلية امامطلقاً أو في تلك الحال فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بانفراده وهل يبطل في الباقي على الروايتين ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها كالرهن والهبة والوقف ولا بين ما يبطل بجماله عوضه كالبيع وما لا يبطل كالنكاح فان النكاح فيه روايتان

منصوبتان عن أحد غير أن صاحب المغنى اختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيمة كعبدین
أحدهما منصوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض بخلاف ما يقسم الثمن عليه بالأجزاء
كفميز من صيرة واحدة وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة كما قالوا فيما إذا باع معلوماً
ومجهولاً أنه لا يصح رواية واحدة لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفريقها وفي التأخير أن
للبطلان في الكل مأخذين أحدهما كون الصفقة لا تقبل التجزئة، والآخر أنقسام والثاني جهالة العوض قال فعلى
الأول يطرد الخلاف في كل العقود وعلى الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه
كالنكاح قال وعلى الأول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ويصح على الثاني انتهى ثم انه حكى في
تعدد الصفقة تفصيل الثمن وجهين وصحح بعددهما فعلى هذا يصح في قوله يقبل كل واحد بكذا على
المأخذين ثم انه اختار أن المتبايعين إن عدا أن بعض الصفقة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة
لأنهما دخلا على جهالة الثمن وإن جهلا ذلك فهو محل الروايتين لأن الجهل بمثل ذلك تأثير في
الصحة كما لو شري المبيع الذي لا يسقط إرشه بعد العتق وهذا ضعيف فإن البائع علم بالعيب في العقد ولا
يمنع الصحة وكذا في بيع النجش واختار البائع بزيادة على الثمن عمداً فإن البيع يصح في ذلك كله
ويسقط بعض الثمن وهما هنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن وهي تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم
ذكره القاضي وابن عقيل وجهاً في باب الشركة والكتابة من المجرد والفصول فيما إذا باع عبدين
أحدهما والآخر لغيره أن الثمن يتقسط عليهما نصفين كما لو تزوج امرأتين في عقد وهذا بعيد
جداً ولا أظنه يطرد إلا فيما إذا كانا جنسا واحداً . وذكرنا في باب الضمان من كتابيهما طريقة
ثالثة وهي أنه يمسك ويصح العقد عليه بكل الثمن أو يردده وهذا في غاية الفساد اللهم إلا أن
يخص هذا بمن كان عالماً بالحال، وأن بعض المعقود عليه لا يصح العقد عليه فيكون قد دخل على
بذل الثمن في مقابلة ما يصح عليه العقد خاصة كما نقول فيمن أوصى لحي وميت يعلم موته
يشيء أن الوصية كلها لحي . ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة وهي أن كان مما لا يجوز عليه
العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية كالطريق بطل البيع لأنه غير قابل للتحويل بالكلية وقياسه
الخمر وإن كان قابلاً للصحة ففيه الخلاف . ذكره الأزرقي ولا يثبت ذلك في المذهب . وعلى
القول بالتفريق فله شترى الخيار إذا لم يكن عالماً بتبعض الصفقة عليه وله أيضاً الارش إذا أمسك
بالقسط فيما ينقص بالتفريق كالعبد الواحد والثوب الواحد ذكره صاحب المغنى في الضمان
الصورة الثانية أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفقة ناشئاً من الجمع بينه وبين الآخر فهما
حالتان إحداهما أن يمتاز بعض الأفراد بمزية فهل يصح العقد بخصوصه أم يبطل في الكل فيه

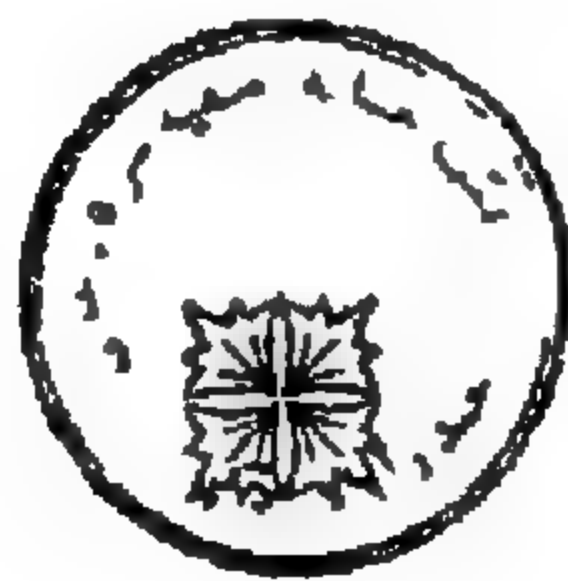
خلافوا لاظهر صحة ذى المزية (فن أمثلة صور ذلك) ما اذا اجتمع عقد نكاح بين أم وبنت فهل يبطل فيهما أو يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس على وجهين (ومنها) لو جمع حر واجد للطول أو غير خائف للعتق بين حرة وأمة في عقد ففيه روايتان منصوستان أحدهما يبطل النكاحان معا الثانية يصح نكاح الحرة وحدها وهي أصح لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس فهي كالبنات مع الأم وأولى لجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضا (ومنها) أن يتزوج حر خائف للعتق غير واجد للطول حرة تعفه بافراها وأمة في عقد واحد وفيه وجهان . أحدهما يصح نكاح الحرة وحدها وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرى لأن الحرة تمتاز على الأمة بصحة ورود نكاحها عليها فاختصت بالصحة . والثانى يصح نكاحهما معا قال القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما لأن له فى هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد فيصح الجمع بينهما كما لو جمع بين أمة ثم حرة . والاول أصح لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الأمة فمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع . أما اذا كان المتزوج عبداً وقتلنا بمنعه من نكاح الأمة على الحرة التى تعفه ففيه وجهان . أحدهما أنه كالحر سواء . قاله القاضى فى الجامع وصاحب المحرر . والثانى يصح جمعه بينهما فى عقد بغير خلاف [.] (١) وصاحب المغنى لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الأمة [.] مقارنة نكاحهما وإنما يمنع بسبق نكاح الحرة . الحالة الثانية أنه لا يمتاز بعضها عن بعض بموته فالمشهور البطلان فى الكل اذ ليس بعضها أولى ببعض فى الصحة مثل أن يتزوج أختين فى عقد أو خمساً فى عقد فالذهب بالبطلان فى الكل نعم عليه أحد فى رواية صالح وأبى الحارث ونقل عنه ابن منصور اذا تزوج أختين فى عقد يختار أحدهما وتأوله القاضى على أنه يختارها بعقد متأنف وهو بعيد . وخرج القاضى فيما اذا زوج الوليان من رجائين وقعا معا أنه يقرع بينهما فن أقرع ففى زوجته ويخرج هنا أمثلة . الصورة الثالثة أن يجمعا فى صفقة شيئين يصح العقد فيهما أم يبطل العقد فى أحدهما قبل استقراره فانه يختص بالبطلان دون الآخر . قال القاضى وابن عقيل رواية واحدة لأن التفريق وقع هنا دواما لا ابتداء والدوام أسهل من الابتداء ومع هذا فقد حكموا فيما اذا تفرق المتصارفان عن قبض بعض الصرف أنه يبطل العقد فيما لم يقبض وفى الباقي روايتان . تفريق الصفقة وهذا تفريق فى الدوام الآن يقال القبض فى الصرف شرط لانعقاد العقد لا لدوامه وأن العقد مراعى بوجوده صرح به جماعة من الأصحاب فيكون التفريق

(١) محل الاصفار يباح بالاصل متأكل مكانه ولم نعر عليه

حيثئذ في الابتداء غير ان القاضي حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف تصريحه في المسألة بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضي ولا بد تجريح الخلاف في تفريق الصفقة دواما قبل استقرار العقد . وذكر أبو بكر الشامي أن مال الزكاة اذا بيع ثم أصر البائع بالزكاة فللساعي الفسخ في قدرها فاذا فسخ في قدرها فهل يفسخ الباقي يخرج على رواية تفريق الصفقة وهذا تصريح بأجراء الخلاف في التفريق في الدوام فان انفسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر العقد معه فهذا في البيع ونحوه فأما في النكاح فان طرأ ما يقتضي تحريم إحدى المراتين بهينها كردة ورضاع اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وان طرأ ما يقتضي تحريم الجمع بينهما فان لم يكن لأحدهما مزية بأن صارنا أما وبنتا بلارضاء فرأيتان أصحابهما يختص الانفساخ بالأم وحدها اذ لم يدخل بهما لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فهو كن أسلم على أم وبنت لم يدخل بهما فانه يثبت نكاح البنت دون الأم والله أعلم .

وجد في آخر النسخة مائنه

الحمد لله كثيرا بلا انتهاء وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما الى يوم الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم تمت القواعد بتجديد مالكها الفقير الى الله تعالى محمد بن احمد بن سيف الحنبلي غفر الله له ولو الديه ومشايخه في الدين أمين



فهرس كتاب

القول في القواعد

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المنيوني^{٧٩٥هـ}

الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

وبعد : فقد فكرت كثيرا في ترتيب فهرس كتاب القواعد (هذا) حين قارب الطبع التمام وكان خطر لي أن أرتبة (أولا) على القواعد حسب وضع المؤلف ، الأولى ثم التي تليها وهكذا الى الآخر وكان معنى ذلك ان آتى بما يخص القاعدة وفي ذلك من الصعوبة والطول ثم اغماض المسائل المدرجة تحت تلك القواعد ، ثم فكرت (ثانيا) في استخراج مسائله مرتبة على الابواب كما صنع محبوب كتاب الاشباه والنظائر للعلامة ابن نجيم . وترددت بين هذا ذلك حتى ظفرت بنسخة وصلتني من نابلس وفي آخرها فهرس لمسائله على الابواب وضعه العلامة جلال الدين نصر الله البغدادي الحنبلي فأسرعت في الشروع فيه اتماما للفائدة وهذا نص مقدمته :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطاهرين وسلم تسليما كثيرا الى يوم الدين (وبعد) فانه لما كان كشف المسائل من كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد للشيخ الامام العلامة زين الدين بن رجب الحنبلي تعمدته الله برحمته مطولا ، اجتهدت في جمع مسائله حسب الامكان ورتبتها على ابواب الفقه من تشاكل المسائل ومناسبة بعضها بعضا لا على ترتيب أصل الكتاب وذلك لتسهيل الكشف ، فاذا اردت أن تعرف المسألة من أي القواعد هي فانظر الى حروف الجمل الصغيرة مرموزة بالاحمر عقيب كل مسألة

مثال ذلك إذا كان عقيب المسألة ق ن ج فاعلم أن القاف بمائة والنون بخمسين والجيم بثلاثة فاطلب القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة تجد المسألة في القاعدة المذكورة (١) ان شاء الله تعالى

(١) أبدلت تلك الحروف بالارقام كما تجد ذلك في صفحات الفهرس وقد زدنا رقم الصفحات

فالارقام التي على اليمين تشير الى الصفحات والتي على اليسار تشير الى القواعد

صفحة قاعدة		باب المياه والآنية		صفحة قاعدة	
٢٤١	١٠٩	اشتباها الآنية النجسة بالطاهرة			
٣٤٤	١٥٩	ثياب الكفار وأوائهم			
٣٤٤	١٥٩	ثياب الصبيان			
ابواب الوضوء والغسل والتيمم والمسح		الماء الجاري هل هو كالراكد	٣	١	
		لو غمس الآنية النجس في ماء جار	٤	١	
		لو اغتسل المحدث حدثاً أصغر في ماء جار	٤	١	
		إذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجده متغيراً	١٦	١٣	
		الماء إذا استهلك فيه النجاسة	٢٩	٢٢	
		مكثرة الماء القليل النجس بالماء الكثير	٢٣٠	١٠٣	
		لو أخبره بخبر أن كلباً ولغ في أحد هذين الآنتين بعينه	٢٣٤	١٠٥	
		إذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه قلتين	٣٣٥	١٥٨	
		إذا وقع في الماء اليسير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره	٣٣٦	١٥٨	
		إذا وقع الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط	٣٣٦	١٥٨	
		إخبار الثقة العدل أن كلباً ولغ في هذا الآنية	٣٣٩	١٥٩	
		إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء وشك في زوالها	٣٤٠	١٥٩	
		إذا سخن الماء بنجاسة	٣٤٣	١٥٩	
		لو أدخل الكلب رأسه في آنية فيه ماء	٣٤٣	١٥٩	
		إذا وقع في الماء اليسير ما لا نفس له سائلة	٣٤٣	١٥٩	
		طين الشوارع	٣٤٣	١٥٩	
		شعر الحيوان في حكم المنفصل	٤	٢	
		الشعر لا ينجس بالموت	٤	٢	
		جلد الميتة المدبوع	١٩٢	٨٥	
		لو توضأ من مشبه ثم تبين أنه طاهر	١٢٠	٦٨	
		لو توضأ شاكاً في الحدث	١٢٠	١٨	
		الوضوء إذا اعتبرنا له الموالاة يقطعه الإنفريق اليسير	٢٣١	١٠٣	
		إذا وجد النائم قبل نومه سبباً يقتضي خروج المذي			
		إذا وجد آثان منيا في ثوب ينامان فيه			
		إذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللاً			
		من عليه حدثان أصغر وأكبر ونوى الطهارتين			
		النوم المستقل ينقض الوضوء			
		مسح الأذنين			
		غسل الشعر في الجنابة			
		إذا مسح رأسه كله وقلنا الفرض منه قدر الناصية			
		ما كان وجوبه احتياطاً للعبادة كفعل المرفقين في الوضوء			
		من عجز عن بعض غسل الجنابة الوضوء بالماء المنصوب			
		الوضوء من الماء المحرم			
		إذا وجد النائم قبل نومه سبباً يقتضي خروج المذي			
		إذا وجد آثان منيا في ثوب ينامان فيه			
		إذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللاً			
		من عليه حدثان أصغر وأكبر ونوى الطهارتين			

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٣٤٨	١٦٠	١٥	١٢
١٠	٧	١٢٥	٧٠
٣٠١	١٣٤	٣٤٩	١٦٠
٢٠	١٥	٣	٣
١٢٠	٦٨	٦	٤
٢٤٨	١١٣	٨	٥
٣١٤	١٤٣	٨	٦
		٩	٦
٢٣٧	١٠٦	١٠	٨
٣٠٣	١٣٦	١١	٨
٣٤٢	١٥٩	١١	٨
		١١	٨
١٢	٠٩	١٣	١٠
١٢	٠٩	١٣	١١
١٢	٠٩	١٣	١١
١٢	٩	١٣	١١
٣٤٩	١٦٠	١٥	١٢

اجابة المؤذن
الامر باجابة المؤذن
اذا تفاجرا في الاذان
اذا أدرك الامام في الركوع
يجوز تقديم صلاة العصر الى وقت
صلاة الظهر
صلاة الجمعة سببها اليوم
اذا صلى الصبي في الوقت ثم بلغ
اذا جمع بين الصلاتين في وقت اولهما
اذا صلى الظهر من لاجمة عليه لاجل
المعذر ثم زال
اذا صلى المسافر بالاجتهاد الى جهة
تحريك اللسان في القراءة
المريض اذا عجز في الصلاة عن
وضع وجهه
العاجز عن القراءة يلزمه القيام
من قدر على بعض العبادة وعجز
عن باقيها
من عجز عن بعض الفاتحة
الصلاة في أوقات النهي
التكبير والتسبيح والدعاء لا تجوز
الترجمة عنه
خطبة الجمعة لا تصح بغير العربية
اذا تضايقت وقت المكتوبة هل ينعقد
النفل
اذا شرع في النفل بعد اقامة الصلاة
هل يصح
الاستفتاح (في الصلاة)

اذا اجتمع محدثان اكبر واصغر
وعندهما ما يكفي اخدهما
التييم اذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء
وجرد الماء بعد التيمم وقبل الشروع
في الصلاة
اذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى
لو شك في المسح هل ابتدأه في السفر
او الحضر
قوله عليه السلام اني ادخلتهما وهما
طاهرتان
اذا مسح على الخف ثم خلعه
باب الحيض
الزائد على ما تجلسه المستحاضة
من اقل الحيض
الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء
في الفرج
المستحاضة المعتادة ترجع الى عاداتها
كتاب الصلاة وما يتعلق بها
يعني من الاحكام وذكر الصلوات الى الجنائز
لو كان جيبه واسعا ترى منه عورته
في الصلاة لكان له حية تستر
الصلاة بالنجاسة وبغير مقرة
الصلاة في الثوب المغصوب والحريز
الصلاة في البقعة المغصوبة
صلاة من عليه عمامة حريز
اذا اجتمع العراة ومعهم ثوب ليس
هو لاحد منهم

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
سفر واحد	١٥ ١٢ سنة الجمعة بعدها
١٠٨ اذا أقيم في مصر جومتان	١٢ ١٥ الفاظ الصلاة في التشهد
١٣٣ صلاة التراويح ليلة الغيم	٢٢ ١٧ اذا تعارض صلاة ركعتين وصلاة اربعة
١٣٣ صلاة الحاج عن غيره ركعتي الطواف	٢٢ ١٧ رجل قرأ بتدبر وآخر قرأ سرداً
١٤٣ اذا حضر الجمعة أربعون من	٢٢ ١٧ رجلان أحدهما ارتاضت نفسه للطاعة
اهل وجربها	والآخر يجاهد نفسه عليها أي ما أفضل
١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام	٢٤ ١٨ لو أدرك الامام راكعاً فكبر تبيرة
الرجال في مواضع	ينوي بها الاحرام والركوع
١٥٨ اذا أدرك الامام فكبر وركع معه	٢٥ ١٨ اذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة
وشك هل رفع إمامه	فصلى معهم سقطت التحية
١٥٨ اذا شك هل ترك واجبا في الصلاة	٢٥ ١٨ لو سجدتين معا
الاخبار بدخول وقت الصلاة بعد	٢٥ ١٨ اذا صلى عقب الطواف مكتوبة هل
الفراغ من الصلاة في ترك ركن	تسقط عنه ركعتا الطواف
١٥٩ لو صلى ورأى عليه نجاسة وشك هل	٢٥ ١٨ إذا أدرك الامام راكعاً فكبر للاحرام
لحقته قبل الصلاة	٢٥ ١٨ اذا اجتمع في يوم عيد وجمعة
١٥٩ اذا غلب على ظنه دخول وقت	٢٦ ١٩ اذا طرأ على المكلف ما سقط تكليفه
الصلاة	بعد الوقت وقبل التمكن
١٥٩ اذا شك المصلي في عدد الركعات	٢٦ ١٩ اذا وصل غادم الماء الى الماء وقد
١٦٠ اذا استوى اثنان في الصفات المرجح	ضاق الوقت فعليه أن يتطهر ويصلي
بها في الامامة	٣١ ٢٣ اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد
باب الجنائز	فهل يتوقف على إذن السيد
٨٤ اذا ماتت الحامل وصلى عليها هل ينوي	٤٠ ٣١ اذا صلى المسافر خلف مقيم
الصلاة على حملها	١٠٧ ٥٨ اذا تعمد المأموم سبق إمامه
١٢٠ يقدم الاخ للابوين على الاخ	١٢٠ ٦٨ اذا صلى بظن نفسه بخدثا فتيقن متطهرا
للأب في الصلاة على الجنابة	١٢٥ ٧٠ النهي عن الكلام والامام يخطب
١٥٣ ولاية الصلاة على الجنابة	٢٢٩ ١٠٠ فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي
١٥٩ المقبرة المشكوك بنجسها هل يحكم	٢٣١ ١٠٣ الصلاة يجوز البناء عليها اذا سلم ساهايا
بنجاستها	١٠٣ المسافر اذا أقام أربعة أيام فهو

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٢٥	١٥٩	لو وجد في دار الاسلام ميتا	١٢٦
		مجهولا فهل يصلي عليه	١٣٣
٣٤٩	١٦٠	اذا قدم بميتين الى مقبرة للسبيل	١٦٨
		وضاقت وتشاحا	
٣٤٩	١٦٠	اذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان	١٧٨
		الواحد أجود وتشاحا	١٩٥
		باب السزكاة	
٥	٣	اذا أدى عن خمس من الابل بعيرا	١٩٥
٥	٣	اذا أخرج سنا أعلى من الواجب	١٩٥
٧	٥	اذا عجل عن أربعة وعشرين من	١٩٩
		الابل أربع شياه	٢٢١
٨	٥	اذا عجل الزكاة الى فقير فتغير حاله	٢٢١
١١	٨	اذا تدبر على بعض صاع في صدقة الفطر	
٢٦	١٩	الزكاة اذا تلف المال قبل التمسك	٢٢١
		فعلية الزكاة	
٢٧	٢٠	لو كان عند دون نصاب فكل بتناجه	٢٢٩
٢٧	٢٠	لو عجل الزكاة عن تمام النصاب قبل	٢٢٩
		وجوده	
٣٩	٢٩	لو أدى زكاته الى واحد وقلنا يجب	٢٢٩
		الاداء الى ثلاثة	٢٣٠
٤٠	٣٠	اذا عجل الزكاة فدفعها الى فقير ثم	٢٣١
		هلك المال	
٤٠	٣٠	لو عجل عن ثلاثين من البقر تبيحا	٢٧٢
		ثم نتجت	٢٧٢
٥٢	٤٠	عروض التجارة اذا خرجت عن	٢٧٢
		ماله بغير اختياره	٢٩٥
١٢٠	٦٨	لو كان له مال حاضر وغائب فأدى	٢٩٦
		ونوى عن الغائب	
		هل يكون الرجل مصرفا لزكاته	٧٠
		اذا أخذ الحاج من الزكاة ليحب به	٧٢
		اذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقلنا	٨٢
		له الرجوع بها	
		إخراج الزكاة عن الحمل	٨٤
		هل الحق متعلق بجميع النصاب أو	٨٥
		بمقدار الزكاة	
		ومع التعاق بالمال هل يكون ثابتا	٨٥
		في ذمة المالك	
		وهل يمنع من التصرف	٨٥
		المباح أكله من مال الزكاة	٨٧
		لو امتنع من أداء الزكاة	٩٦
		لو تعذر استئذان من وجبت عليه	٩٦
		الزكاة	
		ولي العبي والمجنون يخرج عنهما	٩٦
		الزكاة	
		لو أخرج الجبران في زكاته للابل	١٠١
		شاة وعشرة دراهم	
		لو أخرج عن أربعمائة من الابل	١٠١
		أربع حقا	
		لو أخرج في الفطر صاعا من جنسين	١٠١
		انقار من الزكاة قبل تمام الحول	١٠٢
		اذا ترك العمل في المعدن ثم عاد	١٠٣
		هل يضم	
		الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم	١١٩
		الأخذ من الخمس بأوصاف	١١٩
		الأخذ من الصدقات المنذورة	١١٩
		المستكن والخدم والمركب ليس	١٣٠
		يمنع من أخذ الزكاة	
		لا تمنع المرأة من أخذ الزكاة إذ	١٣١

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
١٧٨	٨٤ فطر الحامل اذا خافت على جنينها	٢٩٦	١٣٢ أفلسن القوى المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة
٢٦٦	١١٦ اذا نوى الصائم المتطوع الصوم من أثناء النهار	٣٠٨	١٣٨ الزكاة إذا قلنا تتعلق بالعين لا تسقط بتلف المال
٢٩٨	١٣٣ لو أخبر واحد بطلوع الشمس	٣١٢	١٤١ لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة يدير المال فأتلفها
٣٠٠	١٣٤ السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر	٣١٤	١٤٣ لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه
٣٣٩	١٥٩ إخبار الثقة بطلوع الفجر في رمضان	٣٢١	١٤٩ المال المستحق لغير معين كالزكاة لا يقف أدائه على مطالبة
٣٣٩	١٥٩ إخباره بغروب الشمس في رمضان	٣٢٦	١٥٣ المنع من دفع الزكاة الى الولد
٣٤١	١٥٩ الفطر في الصيام بغلبة ظن طلوع الشمس	٣٣٦	١٥٨ إذا كان ماله غائباً فان كان منقطعاً خبره لم يجب إخراج الزكاة
كتاب الحج		٣٣٦	١٠٨ العبد الآبق المنقطع خبره هل تجب فطرته
٤	٤ صيام الفتح والفران فان سببه العمرة	١١	٨ صيام بعض اليوم ان قدر عليه
٦	٦ اذا أحج المعضوب عن نفسه	١٢	٩ صوم يوم العيد
٩	٩ الحج بالمال المعضوب	١٢	٩ صيام أيام التشريق
١١	١١ اذا حج تطوعاً قبل حجة الاسلام	١٣	١١ صوم رمضان لا يصح فيه أن يصوم عن غيره
١١	١١ لو حج عن نذره وعليه قضاء	٢٧	١٩ اذا بلغ الصبي مفطراً
١٦	١٦ هدى المنة اذا عدمه	٣٧	٢٧ الحامل والمرضع اذا أفطرتا
١٨	١٨ القارن اذا نوى الحج والعمرة كفاه طواف واحد	٣٧	٢٧ لو نجا غريقاً في رمضان فدخل الماء الى حلقه
١٨	١٨ لو طاف عند خروجه من مكة	١٠٤	٥٨ اذا أدركه الفجر وهو مجامع
١٨	١٨ طوافاً واحداً نوى به الزيارة والوداع	١٢١	٦٨ اذا نوى ليلة الشك ان كان غداً من رمضان فهو فرضي
١٨	١٨ إذا قدم المعتمر مكة فانه يبدأ بطواف العمرة		
١٨	١٨ لو آخر طواف الزيارة الى وقت خروجه فطافه هل يسقط عنه طواف الزيارة		
١٩	١٩ الحج لا يشترط لوجوبه التمكن		
٢٣	٢٣ حج الزوجة الفرض باذن الزوج		
٢٦	٢٦ لو حلق المهرم رأسه لتأذيه بالقمل فدهاه		

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	
كتاب البيع	٣٦	لو وقعت بيضة نعام في الحرم على عين إنسان فدفعتها فانكسرت
لو باع أمة له فولدت عند المشتري فادعاه البائع	٤٠	إذا أحرم من بلده ثم أقصد نسكه
لو اشترى عيناً ورهنها	١٠٤	إذا أحرم وعليه قميص فإنه ينزعه في الحال
لو اشترى شيئاً فاستغله ونما عنده	١٠٦	غسل الطيب للمحرم
إذا اشترى عبداً بشرط العتق	١٣٣	إذا أخذ الحاج نفقة من غيره
لو بادر الغال قبل إحراق رحله وباعه		ليبيع عنه
لو باع المشتري الشقة صر المشفوع	٢٢٢	لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد
لو أمر الذمي بهدم بناءه فباعه لمسلم		فاطلاقه
لو مال جداره إلى ملك جاره فأمر بهدمه فباعه	٢٢٣	إذا اصطاد المحرم صيداً
لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بالشرط	٢٣١	الطواف إذا تخلله صلاة
لو باع العبد الجاني لزم اقتداؤه	٢٣٢	أحرم بمثل ما أحرم به فلان
لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب المبيع إذا استثنى البائع نفعه	٢٣٨	إذا أحرم بنفسك وأنسيه
لو باعه أمة حاملاً بحر	٢٤٦	إذا وجد المحرم صيداً وميته يأكل الميتة
لو باعه عقاراً يستحق السكنى فيه	٢٦٧	إذا باع الصبي أو عتق العبد وهما محرمان
بيع الدار المأجورة	٢٨٨	لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد
لو اشترى أمة مزوجة		وتمكن من إرساله فلم يفعل حتى قتله محرم
لو اشترى أمة أو عبداً محرماً	٢٩٥	المسكن والخدام أو الذي يعود نفعه
البيع الفاسد	٢٩٧	على العيال لا يباع في الحج
قاعدة كل من ملك شيئاً بعوض ملك عليه عوضه	٣٠١	وجوب الحج على القوى المكتسب
قاعدة القبض في العتق وقسمان أحدهما موجب العقد ومقتضاه		الرجل يملك منع زوجته من حج النذر
والثاني من تمامه	٣١٣	نيات الحرم إذا قطعه
قاعدة هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن أو بدونه	٣١٨	إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كالحج والنذر
	٣٤٥	إذا شك في عدد الطواف

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	
٧٤	٥١	قاعدة فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة
٧٨	٥٢	قاعدة التصرف في المملوكات قبل قبضها
٨٨	٥٣	بيع النصاب بعد الحول
٨٨	٥٣	بيع الجاني
٩٠	٥٤	مفارقة أحد المتبايعين الآخر بغير اذنه
٩٠	٥٤	تصرف المشتري في المشفوع بالوقف
٩١	٥٥	إذا باع بشرط الخيار وتصرف
٩٢	٥٥	إذا باع أمة بعبد ووجد بالعبد عيبا
٩٥	٥٦	لو باعه شيئا بشرط أن يرهنه على ثمنه
١٠٢	٥٧	إذا اشترى المريض أباه بضمن لا يملك غيره
١٠٧	٥٩	إذا تلف المبيع في مدة الخيار
١٠٧	٥٩	إذا تلف المبيع المهم قبل قبضه
١٠٨	٥٩	إذا تبايعا جارية بعبد ثم وجد أحدهما بما قبضه عيبا
١٠٨	٥٩	إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده
١٠٩	٥٩	إذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ
١٠٩	٥٩	إذا اشترى ربويا بخنسه فبان معيبا
١٠٩	٥٩	الإقالة تصح بعد تلف العين
١١٥	٦٣	فسخ المبيع المعيب
١١٦	٦٢	الفسخ بالخيار
١١٦	٦٤	لو أذن البائع للمشتري في التصرف في مدة الخيار
١١٧	٦٥	لو باع مال أبيه بغير اذنه ثم بان أنه كان قد مات
١١٨	٦٥	من اشترى أبقا يظن أنه لا يقدر على تحصيله فبان بخلافه
١١٨	٦٦	قاعدة لو تصرف مستند إلى سبب ثم تبين خطؤه فيه
١١٩	٦٧	بائع عينا ثم وهب ثمنها للمشتري ثم بان بها عيب
١١٩	٦٧	لو تقايلا في العين بعد هبة ثمنها
١٢٨	٧٠	شراء الوصي من مال اليتيم
١٣٣	٧٢	لو باع ثوبا بنفقة عبده
١٣٧	٧٥	لو اشترى أسير أحرار من أهل الحرب
١٥٠	٧٨	لو باع دارا فيها نافذة لم تخرج من الباب إلا بهدمه
١٥٠	٧٨	لو اشترى أرضا فيها زرع للبائع
١٥٢	٨٠	إذا باعه أرضا وفيها أصول البقل
١٥٢	٨١	المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة
١٦٥	٨٢	النذر والصدقة والوقف إذا لزمتم لم يحزمن أخرجهما أن يشتري من نتاجها
١٦٧	٨٢	المقبوض على السوم إذا ولدت في يد القابض
١٦٧	٨٢	المقبوض بعقد فاسد
١٦٨	٨٢	المبيع في مدة الخيار إذا نما متصلا ثم فسخ البيع
١٦٨	٨٢	نماء المردود بالعيب
١٧٤	٨٣	قاعدة إذا انتقل الملك عن الذخل بعقد أو فسخ تتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة
١٧٩	٨٤	إذا اشترى جارية فبانت حاملا

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٨٧ ٨٤ ورود العقد على الحامل إن قلنا	٣٤١ ١٥٩ إذا اختلف المتبايعان يوم العقد
٢٢٧ ٩٩ لا يحمل حكم فهو داخل في العقد	٣٤٩ ١٦٠ اشتبه عبده بعبده غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه قبل تمييزه
١٩١ ٨٥ لو باع أرضا فيها زرع	
٢٢٧ ٩٩ لا يجوز بيعه	
٢٢٨ ٩٩ بيع رباغ مكة وإيجاراتها لا يجوز	
٢٣٣ ١٠٤ البراءة من عيوب البيع	
٢٤٥ ١١٠ لو اشترى شيئا فظهر على عيب فيه	
٢٤٨ ١١٣ مسألة مد عجوة	
٢٥٢ ١١٣ إذا باع رجل عبدين له من رجلين	
٢٦٣ ١١٥ عقود التمليكات المضادة إلى عدد	
٢٦٥ ١١٦ الفسخ بالعيب والخيار	
٢٦٩ ١١٨ تعليق فسخ البيع بالوكالة	
٣٠١ ١٣٥ قاعدة الملك المقاصر لا يباح	
٣١٤ ١٤٣ إذا افترق المنصارقان ثم وجد أحدهما بما قبضه عيبا	
٣١٥ ١٤٣ لو أبدل مصحفا بمثله جاز	
٣١٥ ١٤٣ العوض هل يقوم مقام المعوض	
٣١٦ ١٤٤ خيار الشرط إذا طالب به الميت قام وارثه مقامه	
٣١٦ ١٤٤ حق الفسخ بخيار الشرط فلا يورث بغير مطالبته	
٣١٧ ١٤٤ الرد بالعيب هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الارث	
٣٢٢ ١٥٠ فيمن اشترى لحما ثم استزاد البائع ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم	
٣٣٧ ١٥٨ إذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا	
٣٤١ ١٥٩ إذا اختلف المتبايعان يوم العقد	
٣٤٩ ١٦٠ اشتبه عبده بعبده غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه قبل تمييزه	
باب بيع الاصول والثمار	
٣٠ ٢٢ لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى احتطت	
٤٢ ٣٣ لو اشترى نجيلا عليه نمر	
٤٤ ٣٥ لو اشترى نجيلا لم يور بشرط قطعه	
١٠٧ ٥٩ إذا اشترى نجيلا في الشجر	
١٣٤ ٧٣ اشترى نجيلا في الزرع حصاه	
١٥٧ ٨٠ على الدائع	
١٥٧ ٨٠ اصول البزار على يجوز بيعها منفردة	
١٥٧ ٨٠ لو اشترى نجيلا فاشترى نجيلا فاشترى نجيلا	
١٥٩ ٨١ إذا اشترى نجيلا فاشترى نجيلا	
باب السلم	
٥٠ ٣٨ إذا أسلم في شيء حالا	
٥٠ ٣٨ لو قال له في دين السلم صالحني منه على مثل الثمن	
١٣٥ ٧٣ شرط ايفاء المسلم فيه في غير مكان العقد	
باب الرهن	
٣٢ ٢٣ إذا امتنع الراهن من بيع الرهن	
٤٧ ٣٧ إذا رهنه شيئا ثم أذن له في الاتقاع به	
٤٨ ٣٧ ورود عقد الرهن على الغصب	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٨	٣٧	رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه	٥٢ ٤٠ رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها
٤٨	٣٧	قال الراهن للمرتن إن جيتك بحقك والافالرهن لك	٥٣ ٤٢ لذي لا يجب أدائه بدون مطالبة
٥١	٤٠	رهن عينا ثم زال ملكه عنها	٨٧ ٥٣ اذا حل الدين على الغريم واراد السفر
٥١	٤٠	لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه	٨٧ ٥٣ المفلس اذا طلب البائع منه سلعته
٥٢	٤٠	لو أعاد الرهن بطل	١٣٠ ٧١ ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله
٥٣	٤١	لو أتلّف الرهن متلف وأخذت قيمته	١٤٧ ٧٧ غراس المفلس وبنائه اذا رجع بائع الأرض
٦٥	٤٥	اذا تعدى المرتن زال ائتمانه	١٥٨ ٨١ المبيع إذا أفلس مشتريه قبل انقضاء ثمنه
٨٧	٥٣	التصرف في المرهون لا يصح	١٦٩ ٨٢ نماء فسخ البائع لافلاس المشتري
١٣٩	٧٥	مؤنة الرهن	١٩٥ ٨٥ تعلق حق غرماء المفلس بماله
١٣٩	٧٥	لو خربت الدار المرهونة	٢٤٥ ١١٠ لو أناه الغريم بدينه في محله ولا ضرر
١٦٧	٨٢	نماء المرهون	٢٦١ ١١٥ غرماء المفلس الذي لا يفي ماله
١٧٩	٨٤	لو وطىء الراهن أمته المرهونة	٢٩٥ ١٣٠ المفلس لا يبيع داره ولا خادمه
٢٢٥	٩٧	الرهون التي لا يعرف أهلها	٢٩٦ ١٣٠ الشريك اذا عتق حصته وليس له سوى مسكن وخادم فهو معسر
٢٤٥	١١٠	اذا حل دين الرهن وامتنع من توفيقه	٢٩٦ ١٣١ إذا أفلس المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها
٢٥٠	١١٣	اذا رهنه اثنان عتق أحدهما ما عليه	٢٩٦ ١٣١ لو كان للمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها
٢٥٣	١١٣	لو وضع المتراهنان الرهن على يد عدلين	٢٩٧ ١٣٢ في اجبار المفلس على التكسب
٣٠٨	١٣٨	الرهن يضمن بالاتلاف	٣١٧ ١٤٤ لا يحل الدين المؤجل بالموت إذا وثق الورثة
٣١٨	١٤٤	اذا مات الراهن قبل اقباض الرهن	٣١٨ ١٤٤ إذا مات وعليه دين فلولورثة تنفذها
		باب الحجر والتفليس	٣٢١ ١٤٩ إذا مات من لا وارث له وعليه دين فهل يحل
١٤	١١	التصرفات المالية وعليه دين	
١٧	١٣	استيفاء الحق من مال الغريم	
٣٣	٢٣	اذا أنى الغريم بدينه فأبى قبضه	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	باب الصلح
٢٢٧ ٩٩ الماء الجارى والكلاء يجب بذل الفاضل منه		
٢٢٧ ٩٩ وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضره		٣١ ٢٣ أخذ فاضل الماء والكلاء من أرضه
٣١٤ ١٤٢ الجدار المشترك اذا تهدم وأقامه أحد الشرىكين		١٤٢ ٧٦ اذا تهدم الحائط المشترك
٣١٤ ١٤٢ اذا تهدمت الكنيسة التى تقر فى دار الاسلام		١٤٣ ٧٦ اذا تهدم السقف بين سفلى وعلو
٣٥٠ ١٦٠ اذا استبقى اثنان الى الجاوس بالأماكن المباحة		١٤٤ ٧٦ القناة المشتركة اذا تهدمت
٣٥٠ ١٦٠ اذا استبقى اثنان الى معدن مباح		١٤٦ ٧٦ الزرع والشجر المشترك اذا طلب أحد الشرىكين سقيه
٣٥٠ ١٦٠ اذا اجتمع اثنان بين نهر مباح		١٤٩ ٧٧ من كان فى أرضه نخلة لغيره
باب الحوالة والضمان		١٩٠ ٨٥ من نبت له فى أرضه نخل أو نخوة من المباحات
الحوالة على الملى ٣٣		١٩١ ٨٥ وضع الجار خشبه على جدار جاره
لو أشرفت السفينة على الفرق فالقى متاع غيره ٢٦		١٩١ ٨٥ اجراء الماء فى أرض غيره
قاعدة فيما يضمن من الاعيان بالعقد أواليد ٤٣		١٩٢ ٨٥ مرافق الاملاك هل هى مملوكة
قاعدة فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب فى فاسده ٤٧		١٩٣ ٨٥ مرافق الأسواق المتسعة
لو قضى الضامن الدين ثم وهبه الغريم له ٦٧		١٩٣ ٨٥ الجاوس فى المساجد ونحوها
اذا قضى عنه ديناً واجبا عليه بغير أذنه ٧٥		١٩٧ ٨٦ المتتفع بملك جاره
لو أنفق على عبده الأبق فى حال رده اليه نفقة طائر غيره اذا عشن عنده ٧٥		١٩٧ ٨٦ اقطاع الارفاق كمقاعد الأسواق
اذا غاب الزوج فاستأذنت الزوجة لنفقة على نفسها فانها ترجع بذلك ٧٥		١٩٨ ٨٧ مرافق الاملاك من الألفية والازقة
		١٩٩ ٨٧ الماء والكلاء فى الارض
		١٩٩ ٨٧ منافع الارض الخراجية
		٢٠٠ ٨٧ المصالحة بموضع على وضع الاخشاب
		٢٠١ ٨٨ اذا حفر فى طريق واسع شراً
		٢٠١ ٨٨ اذا بنى مسجداً فى طريق
		٢٠٢ ٨٨ بناء غير المساجد
		٢٠٢ ٨٨ اختصاص آحاد الناس فى الطريق
		٢٠٣ ٨٨ الحفر فى الطريق
		٢٠٤ ٨٨ اشراع الاجنحة

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٦٧	٨٢	الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق	٦٥
		بأولادهن شيء	٤٥
٢٠٤	٨٩	قاعدة أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد	١٠٩
		واتلاف	٥٩
٢٠٦	٩٠	من له ولاية شرعية بالقبض	١١١
٢٠٦	٩٠	من قبض المال لحفظه على المالك	٦٠
٢٠٧	٩١	قاعدة يضمن بالعقد وبالبذ الاموال	١١٢
		المحضنة المنقولة	٦٠
٢٢١	٩٥	لو غاب الزوج فانفقت الزوجة من ماله	١١٥
٢٢١	٩٦	لو امتنع من وفاء دينه وله مال	٦٢
٢٥٤	١١٣	اذا ضمن اثنان دين رجل	١١٥
٢٦٥	١١٦	اذا انعقد سبب الملك أو الضمان	٦٣
٢٨٥	١٢٧	لو فتح قفصا عن طائر	١٢٤
٢٨٦	١٢٧	المكره على اتلاف مال الغير	٦٩
٣١١	١٤٠	الضالة المكتومة تضمن بقيمتها	١٢٩
		مرتين	٧٠
٣١٧	١٤٤	الكفيل هو كالرهن	١٣٣
٣١٧	١٤٤	اذا مات وله دين به ضامن اتفعل	١٣٣
		الى الورثة مضمونا	٧٢
٣٣٧	١٥٨	من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها	١٣٩
		بغير ينقص القيمة	٧٥
		باب الشركة	
٢٧	٢٠	لو قارض المريض في مرض الموت	١١٤
		وسمى للعامل أكثر من أجره المثل	٢٦١
٢٨	٢٠	لو فسخ المالك المضاربة	١١٤
٢٨	٢٠	المشاركة بين اثنين بمال أحدهما	١٣٧
٢٩	٢٢	لو خلط زيت به زيت غيره قبل هو	٣٠٤
		استهلاك أو اشتراك	١٣٨
		باب الوكالة	
		الوكيل اذا تعدى	٢٩
		لو قال اذا تزوجت فلانة فقد	٤٤
		وكلك في طلاقها	٤٥

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
الوكيل في بيع الرهن ١١٠ ٦٠	٢٣٢ ١٠٤ البراءة من المجهول
إذا وكله ثم عزله وتصرف قبل العلم ١١٢ ٦٠	٢٣٤ ١٠٥ الاقرار يصح بالملهم
لو تصرف في مال غيره ثم تبين انه ١١٦ ٦٤	٢٧٠ ١١٩ لو قال هذه الدار لزيد ولي منها هذا البيت
كان قد أذن له	
لو وكله في شراء جارية فاشتراها ١٢١ ٦٨	٢٩٩ ١٣٣ البراءة المعلقة بموت المبري
له ثم جمعد الموكل	٣٢٣ ١٥١ لو أقر المحبوس أو المضروب عدوا
الوكيل وتوكيله ١٢٤ ٦٩	ثم ادعى الاكراه
العبد المأذون له هل له أن يوكل ١٢٤ ٦٩	٣٤٨ ١٥٩ إذا قال له عندي درهم ودرهم ودرهم
الصبي المأذون له هل له أن يوكل ١٢٤ ٦٩	
الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه ١٢٧ ٧٠	باب العارية
شراء الوكيل ما وكله من ماله ١٢٨ ٧٠	٤٨ ٣٧ إذا أعاره شيئا ليرهنه
إذا وكل غريمه أن يبري غرماء ١٢٩ ٧٠	٤٩ ٣٨ لو أعاره شيئا وشرط العوض
الوكيل واللاجير هل لهما الاكل ١٣١ ٧١	٥١ ٤٠ لو أعاره شيئا وزال ملكه عنه
يجوز اشتراط الوكيل النفقة ١٣٣ ٧٢	٤٠ ٤٠ الاعيان المضمونة يجب ردها
وكيل الوكيل ٢١٧ ٩٤	١٤١ ٧٥ أعاره شيئا ليرهنه ثم افتكه المعير
المشتري من الوكيل المخالف ٢١٧ ٩٤	١٤٧ ٧٧ غراس المستعير وبنائه اذا رجع المعير
تعليق فسخ الوكالة على وجودها ٢٦٩ ١١٨	١٤٨ ٧٧ القابض بعقد فاسد من المال اذا
لو وكله في أن يطلق زوجته ٢٧٨ ١٢٣	غرس فللمالك تمامه بالقيمة كغرس المستعير
الوكيل ووصي اليتيم لهما ان يتناعا ٣٠٠ ١٣٣	١٥١ ٧٨ لو أعاره أرضا للغرس ثم أخذ غرسه
بزيادة على ثمن المثل	١٦٧ ٨٢ لا يرد عقد الاعارة على ولدها
إذا وكل وكيل في طلاق زوجته ٣٥٧ ١٦٠	١٩٧ ٨٧ اعارة العارية
يعتزلها	١٩٨ ٨٧ المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع
	٢٠٩ ٩٣ لو أردف المالك خلفه على الدابة
	٢١٧ ٩٤ المستعير من المستعير
باب الاقرار	٢١٧ ٩٤ المستعير من المستأجر
لو أقر له بمظروف في ظرف ٣٦ ٢٥	٢٢٧ ٩٩ اعارة الحلي
لو أبرأ معتقدا انه لا شيء عليه ثم ١١٧ ٦٥	٢٢٧ ٩٩ المصحف تجب اعارته
تبين انه كان عليه	٣١٣ ١٤٢ لو أعاره حائطا لوضع خشبة عليه
الاقرار المطلق للحمل ١٨٣ ٨٤	فسقط

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٥٥	باب الغصب
٧٩ الشفيع اذا اتزع الارض وفيها زرع	٢٢ لو اختلطت ذراهم بدراهم مغصوبة
٨٤ الأخذ للحمل بالشفعة	١١٦ لو غصب طعاما ثم أباحه له المالك
١١٥ الشفعاء المجتمعون	٦٤ فأكله غير عالم بالاذن
١١٦ ملك الشفيع اذا أخذ بالشفعة	١٤٨ غرس المشتري من الغاصب
١٤٤ الشفعة اذا طالب بها الميت	٧٧ غرس الغاصب وبنائه
١٤٤ الشفعة لا تورث بدون مطالبة	٧٨ لو غصب فصيلا وادخله داره فكبر
باب المساقاة والمزارعة	٧٨ لو غصب ثوبا نصبه
٦٠ اذا فسخ عقد المساقاة	٧٩ زرع الغاصب
٦٠ اذا زارع رجلا على أرضه ثم فسخ	١٥٢ اذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر
٧٢ المساقاة والمزارعة وما بقي معهم بعد الفسخ	٨٠ حمله
٧٣ اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة والمزارعة بما لا يلزم الآخر	٩٢ لو غصب دابة عليها مال كها
٧٥ اذا هرب المساقى قبل اتمام العمل	٩٢ لو دخل دار انسان بغير إذنه
٧٨ لو حمل السيل الى أرض غرس غيره	٩٢ لو كانت العين ملكا لثنين فرغ
٧٩ احتمل السيل بذرا انسان الى أرض غيره	٩٢ الغاصب يد أحدهما
١٥٥ قاعدة من غصب مغصوبا من مال ك	٢١٠ قاعدة من غصب مغصوبا من مال ك
١٥٦ من زارع في ملكه الذي منع من التصرف فيه لحق غيره	٢٢٣ الغصوب والودائع لو أداها أجنبي
باب الاجارة	٢٢٦ الغصوب التي جعل ربا
٢٥ لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار	٢٢٧ الأموال المغصوبة والمنهوبة مع اللصوص
٢٨ لو استأجر دابة فزاد	٢٦٥ اذا تملك المالك زرع الغاصب
٣٤ لو أجر عبده مدة ثم أعتقه	باب الشفعة
٣٥ لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها	٨٢ الشفيع اذا طالب بالشفعة
٣٥ استأجر دارا من أبيه ثم مات الأب	١٤٧ غراس المشتري في الأرض المشفوعة
	١٥١ اذا غرس المشتري في أرض سم
	انتزعها الشفيع

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٤	٣٦	قاعدة من استأجر من له ولاية	١٩٧
		الايجار ثم زالت ولايته	١٩٧
٤٦	٣٨	لو استأجر المكيل أو الموزون	١٩٧
٤٩	٣٨	لو أجره الأرض بثلاث ما يخرج منها	٢٠٩
٥٠	٣٩	لو أجره عينا بلفظ البيع	٢٠٩
٥١	٤٠	استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه	٢١٧
٦٥	٤٥	إذا استأجره لحفظ شيء مدة	٢١٩
٦٨	٤٧	حكم الاجارة الفاسدة	
١٠٧	٥٩	إذا تلفت العين المستأجرة قبل	٢٧٧
		مضى مدة الاجارة	
١٢٣	٦٩	الاجير المشترك يجوز له الاستنابة	٣١٤
١٢٥	٧٠	إذا أذن لعبد في التجارة لم يملك اجارة	٣٢٣
		نفسه	
١٣٢	٧٢	استئجار الظئر بالطعام والكسوة	٣٢٧
١٣٢	٧٢	استئجار غير الظئر	
١٤٠	٧٥	عمارة المستأجر في الدار المستأجرة	
١٤٧	٧٧	غراس المستأجر بعد انقضاء المدة	١٩٠
١٥١	٧٨	إذا أجره أرضاً للغراس وانقضت	١٩٨
		المدة	٢٤٥
١٥٢	٧٩	إذا أجره لزرع شيء فزرع ما ضرره	
		أعظم منه	
١٥٣	٧٩	الزرع بعقد فاسد ممن له ولاية	١٣٥
		العقد	
١٥٤	٧٩	الزرع بعقد ممن يظن أن له ولاية	١٣٥
		العقد فتبين بخلافه	١٣٦
١٥٥	٧٩	زرع أرضاً بما كمل لها أو باذن مالكها	
		ثم انتقل ملكها الى غيره	٢٨
١٦٢	٨٢	الاجير كالراعي النماء في يده أمانة	٤١
١٦٧	٨٢	المستأجر النماء في يده أمانة	٥٣
١٩١	٨٧	احادة المستأجر	١٢٦
		اجارة الوقف	٨٧
		اجارة المنافع المستثناة	٨٧
		اجارة أرض العنوة	٨٧
		لو استأجر الدابة الى مسافه	٩٢
		الاجير المشترك اذا جنت يده	٩٢
		المستأجر من المستأجر	٩٤
		اذا دفع القصار ثوب رجل الى	٩٥
		غيره خطأ	
		لو استأجر أجيراً يعمل له مدة	١٢٢
		اذا أجر داراً فانهدم جدارها	١٤٢
		لو دفع ثوبه الى من يخطه أو يقصره	١٥١
		وهو معروف بأخذ الاجرة	
		اذا أجره عبداً أو سلمه اليه ثم ادعى	١٥٨
		أن العبد أبق	
		باب إحياء الموات	
		متحجر الموات	٨٥
		متحجر الموات ومن أقطعه الامام	٨٧
		لو تحجر مواتاً ولم يحبه	١١٠
		باب الجمالة	
		فيمن يستحق العوض عن عمل	٧٤
		بغير شرط	
		من رد أبقاً على مولاه	٧٤
		من أنقذ مال غيره من التلف	٧٤
		باب الوقف	
		لو ولدت الأمة الموقوفة	٢١
		يصح أن يقف ويستثنى منفعته	٣٢
		اذا أناف الوقف	٤١
		هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه	٧٠

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
باب الوصايا والموارث	٢٨
لو ولدت الموصى بمنافعها	٢١
لو وصى له برطل زيت معين ثم خلطه	٣٠
الموصى بعقده	٣٢
يصح أن يوصى برقبة عين لشخص وينفعها لآخر	٤١
الوصية تبطل بإزالة الملك	٥١
الموصى له بعين إذا ألقها متلف	٥٣
الوصى إذا تعدى	٦٥
تصرف الورثة في التركة	٨٨
تصرف الموصى له في الوصية	٩٥
صحة الوصية لمن ثبتت أهليته	٩٦
إذا وجدت الحرية عقب موت الموروث	٩٦
إذا مات الذمي وله أطفال صغار	٩٨
حكم بإسلام الولد وورث منه	١٠٠
ترريث الطفل المحكوم بإسلامه	١١٠
الموصى إليه هل له رد بعد القبول	١٣٠
لو وصى لعبد به ثلث ماله	١٤١
لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت	١٤٩
إذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها	١٦٤
الموصى بعقده إذا كسب	١٦٤
الموصى بوقفه إذا نما	١١٥
الموصى به لمعين	١٦٦
الموصى بعقدها أو وقفها إذا ولدت	١٧٢
تركة من عليه دين إذا تعلق بها	١٧٨
حق الغرماء	
الحمل هل له حكم	
إذا كان لرجل زوجة ولها ولد من غيره فمات	١٧٩
ثبوت الملك للحمل بالوصية	١٨٢
الحمل يملك الميراث	١٩٠
الموصى له بعد موت الموصى	١٩٣
تعلق حق الغرماء بالتركة	١٩٤
تعلق حق الموصى له بالمال	١٩٦
الوصية بالمنافع	٢١٩
إذا أوصى لرجل بتفريق ثلثه	٢١٩
لو وصى لشخص بشيء فلم يعرف	٢١٩
لو اشترى الورثة عبداً من التركة	٢٢٠
لو مضى على المفقود زمن يجوز فيه قسمة ماله	٢٢٤
إذا دفع أجنبي عينا موصى بها إلى مستحقها	٢٣٠
قبل الموصى له الوصية	٢٣٣
إجازة الوصية	٢٣٥
الوصية لجاره محمد	٢٣٨
مال من لا يعلم له وارث	٢٣٩
الإجازة لفلان ولمن يولد له	٢٣٩
الإجازة لمن يولد لفلان ابتداء	٢٤٠
المتوارثان إذا ماتا جميعاً	٢٤٥
لو امتنع الموصى له من القبول والرد	٢٦١
العصبات المجتمعون في الميراث	٢٦٢
ذوو القروض	٢٦٢
الوصايا المزدحمة	٢٦٥
ملك الموصى له إذا قبل	٢٦٧
الوصية لمن هو في الظاهر وارث	٢٦٨
إذا أوصى إلى فاسق	٢٦٨
لو أوصى له بدار ثم انهدمت	

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٢٧٠	١١٩	لو وصى لزيد بخاتم وآخر بنفسه	١٢٩
٢٧١	١١٩	لو وصى بثلاثة لرجل ووصى لآخر بمقدر	١٣٥
٢٧٢	١١٩	إذا أوصى لزيد بشئ وللفقراء بشئ	٣٢١
٢٧٢	١١٩	لو وصى للفقراء وورثته فقراء	٣٦٢
٢٧٢	١١٩	المواريث بأسباب متعددة	
٢٧٣	١٢٠	يرجع الاخ للأبوين على الاخ للأب في الميراث	
٢٧٦	١٢٢	لو وصى لأقاربه	١٠
٢٧٧	١٢٢	لو وصى لقراءة غيره	١٣
٢٧٧	١٢٣	لو وصى لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون	١٧
٣١٤	١٤٢	لو وصى له بدار فأنهدمت فأعادها	١٨
٣١٧	١٤٤	قبول الوصية	٢١
٣١٩	١٤٥	الميتوة في مرض الموت	٣١
٣١٩	١٤٥	لومات مسلم وزوجته ذمية فأسلت في العدة ورثت	٣٢
٣٢٠	١٤٧	أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الميراث	٣٣
٣٢٠	١٤٨	قاعدة من أدلى بوارث وقام مقامه سقط به	٣٨
٣٢١	١٤٩	من له وارث معين ليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه	٤١
٣٢٥	١٥٣	جر الولاء	٤٢
٣٢٦	١٥٣	الوصية لولده حكمها حكم الوقف	٦٨
٣٢٦	١٥٣	ميراث ولد الولد	٩٠
٣٥١	١٦٠	إذا أوصى لزيد بعبد من عبده	٩١
		كتاب الفیء والصدقة	٩٥
١٢٩	٧٠	المأذون له في الصدقة هل له أن يأخذ لنفسه	٩٦
		الأموال التي يجب الصدقة بها	
		لا يجوز لمن هي في يده الأخذ منها	
		العامل على الصدقات	
		الأموال التي تجهل	
		إذا استوى اثنان من أهل الفیء في درجة	
		كتاب النكاح وما يتعلق به	
		إذا نكح المعسر الخائف العنت	
		الفاظ النكاح تنعقد بغير العربية	
		لو أصدقها تعاليم سورة	
		لو تزوج بكرأ فادعت أنه عنين	
		لو أصدقها شجراً فأثمرت	
		بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها	
		المولى إذا امتنع من الفته	
		العنين إذا انقضت مدته	
		الولي في النكاح إذا امتنع من التزويج	
		إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة	
		لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبي فأذهبها عذرتها	
		عوض الصداق والخلع على مال	
		إذا أعتقت الأمة المزوجة	
		لو أذن السيد في النكاح	
		النكاح الفاسد	
		وطء العبد زوجته إذا أعتقت	
		تصرف الزوجة في نصف الصداق	
		إذا أعتق السيد أمته وجعل عتقها صداقها	
		لو وجدت الكفأة في النكاح حال العقد	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	لو أعتق الزوجان معا	واحد
٩٨	٥٧	لو أعتق الزوجان معا	واحد
١٠٠	٥٧	إذا تزوج العادم للبول في عقد	إذا تزوج أما وبنتا في عقد واحد
		واحد حرة وأمة	لو أسلم الكافر على أم وبنت
١٠٣	٥٧	لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول	لو تزوج صغيرة وكبيرة فلم يدخل بها حتى أرضعت الصغيرة
١١٥	٦٣	فسخ المعتقة تحت عبد	لو تزوج حرة وأمة في عقد
١١٩	٦٧	لو أصدق زوجته عينا فوهبتها له ثم طلقها	لو قال لزوجاته والله لا وطئت أحدا كن هل يكون موليا
١٢٤	٦٩	لو أصدقها عملا معلوما مقدرا	لو أسلم على أختين أو أكثر
١٢٨	٧٠	الوكيل في نكاح المرأة ليس له أن يزوجها لنفسه	لو أبى المولى أن ينمى بعد المدة
١٥٩	٨١	إذا أصدقها شيئا فزاد زيادة متصلة	نكاح الاماء والاستمناء
١٧٠	٨٢	نماء عود الصداق إلى الزوج أو نصفه قبل الدخول	من أبيح له الفطر لشقيقه
١٨٩	٨٥	حق الزوج في نصف الصداق إذا طاق	الأولياء المتساوون في النكاح
١٩٧	٨٦	أكل الضيف لطعام المضيف	تقدم الأخ للأبوين في ولاية النكاح
١٩٧	٨٦	عقد النكاح هل هو ملك منفعة	إذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه
٢٣٠	١٠٢	من تزوج امرأة في عدتها	المراة لها أن تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها
٢٣٠	١٠٢	من تزوجت بعبدتها	اختلاف الدين المانع من النكاح
٢٣٥	١٠٥	ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز	الزوجة الموطوءة بشبهة
٢٣٨	١٠٦	إذا اشتبهت أخته بنساء أهل مصر	تحريم نكاح الأخت في عدة أختها
٢٤٠	١٠٨	إذا زوج الوليان	هل يصح اختيارها لزوجها إذا أعتقت
٢٤٠	١٠٨	إذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول	لو نكحت المطلقة ثلاثا زوجها آخر فخلأ بها
٢٤١	١٠٩	إذا اشتبهت أخته بعدد مخصوص	أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال
٢٤٢	١٠٩	إذا أسلم الكافر وتحتة أكثر من أربع نسوة	المولى يتزوج الغريبة يفرق بينهما
٢٤٢	١٠٩	إذا زنا بامرأة وله أربع نسوة	
٢٤٢	١٠٩	إذا تزوج خمسا أو أختين في عقد	

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٣٥٥	١٦٠ اذا زف اليه امرأتان معا	٣٢٤	١٥١ وان كان أهدي هدية
٣٥٥	١٦٠ اذا أراد السفر بإحدى زوجتيه	٣٢٤	١٥١ لو اختلف الزوجان في قدر المهر
٣٥٨	١٦٠ اذا آلى من واحدة معينة من نسائه واشتبهت عليه	٣٢٤	١٥١ المحرمات بالنسب
		٣٢٤	١٥٢ المحرمات في النكاح أربعة
		٣٢٤	١٥٢ المحرمات بالصر
		٣٢٥	١٥٢ المحرمات بالجمع
		٣٢٥	١٥٣ وجوب اعفاف الولد على والده
		٣٢٥	١٥٣ المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء
		٣٢٥	١٥٣ ولاية النكاح للجد
		٣٢٧	١٥٣ ولد الوالد في ولاية النكاح
		٣٢٧	١٥٤ لو أفسد مفسد نكاح امرأة
		٣٢٨	١٥٤ امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة ثم قدم المفقود
		٣٣١	١٥٦ قاعدة فيما يتنصف به المهر قبل استقراره
		٣٣٧	١٥٨ إذا أسلم الزوجان بعد الدخول واختلعا
		٣٤٢	١٥٩ امرأة المفقود تزوج بعد انتظار أربع سنين
		٣٤٥	١٥٩ إذا اختلف الزوجان في المهر ولا بينة
		٣٤٥	١٥٩ إذا أسلم الزوجان قبل الدخول واختلعا
		٣٤٥	١٥٩ إذا خلا بامرأة وصدقته أنه لم يطأها
		٣٤٦	١٥٩ لو زوج رجل وليته ثم ظهرت معينة
		٣٥٢	١٦٠ لو زوج وليان من اثنين
		٣٥٥	١٦٠ اذا أصدقها عبداً من عبده
		٣٥٥	١٦٠ اذا دعاه اثنتان الى وليمة عرس
			(١) كذا وفي الأصول بالسكنانية

باب الخلع والطلاق والرجعة

١٧	١٣ لو ولدت المطلقة الرجعية
١٨	١٤ ان كان هذا الطائر غراباً فامرأتى طالق
٢٠	١٥ لو قال لامرأته في غضب اعتدى
٢١	١٦ لو طلقها قبل الدخول
٥٠	٣٨ قال أنت على حرام أعني به الطلاق
٥٠	٣٩ الرجعة بالكتابة (١)
٥٢	٤٠ رجوع الزوج في نصف الصداق
٥٢	٤٠ صفة الطلاق تعود بعود النكاح
٩١	٥٤ تصرف الزوجة في نصف الصداق
	اذا طلق قبل الدخول
٩٥	٥٥ المطلقة الرجعية في رجعتها بالوطء
٩٧	٥١ لو قال لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك
٩٧	٥٧ أنت طالق بعد موتى
٩٨	٥٧ لو قال زوج الأمة ان ملكتك فأنت طالق
١٠١	٥٧ اذا تزوج أمة ثم قال ان اشتريتك فأنت طالق
١٠١	٥٧ قال لغير المدخول بها ان كلمتك فأنت طالق
١٠١	٥٧ اذا قال لامرأته واحداً غير مدخول بها ان حلفت بطلاقكما

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
وأنتما طالقان	١١٥ ٦٣
الطلاق والخلع يصح مع الأجنبي	١١٦ ٦٤
لو قال لزوجته إن خرجت بغير	١١٧ ٦٥
أذن فأنت طالق	١٢٢ ٦٨
لو طلق امرأة يظنها أجنبية	١٢٩ ٧٠
الرجعة في نكاح شك في وقوع	١٤٨ ٧٧
الطلاق فيه	١٧٩ ٨٤
من دخل داري أو قل من دخل	١٨٣ ٨٤
دارك	٢٣٠ ١٠٢
إذا أصدقها أرضاً فغرست فيها ثم	٢٣٢ ١٠٤
طلقها قبل الدخول	٢٣٢ ١٠٤
إذا قال لزوجته إن كنت حاملاً فانت	٢٣٢ ١٠٤
طالق	٢٣٣ ١٠٤
اللعان على الحمل	٢٣٣ ١٠٤
المطلق في مرضه	٢٣٣ ١٠٤
طلق إحدى زوجاته	٢٣٣ ١٠٤
إذا طلق بلفظ أعجمي	٢٣٣ ١٠٤
إذا طلق الأعجمي بلفظ الطلاق	٢٣٣ ١٠٤
إذا قال لامرأته أنت طالق مثل	٢٣٣ ١٠٤
ماطلق فلان	٢٣٨ ١٠٦
إذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها	٢٤١ ١٠٩
إذا طلق واحدة مهملة	٢٤١ ١٠٩
إذا اشتبهت المطلقة ثلاثاً	٢٤١ ١٠٩
لو حلف بالطلاق أن لا ياكل	٢٤١ ١٠٩
تمريرة فاختلطت	١٤١ ١٠٩
لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يوطأ	٢٤٤ ١٠٩
واحدة ممنهن	٢٤٤ ١٠٩
إن خرجت من الدار بغير أذن	٢٤٧ ١١٣
فأنت طالق	
قال لزوجته إن أكتما هذين	
الرقيقين فأنتما طالقان	
إن كلبتما زيباً أو كلبتما عمراً	٢٤٧ ١١٣
فأنتما طالقان	
إذا علق طلاق بعض نسائه	٢٥٧ ١١٣
لو أوقع طلاقاً بامرأة ثم قال لامرأة	٢٦١ ١١٤
أخرى أشركتك	
إذا علق طلاق امرأته في صحته	٢٦٨ ١١٧
لو قال العبد لزوجته إن دخلت	٢٦٨ ١١٧
الدار فانت طالق	
لو علق طلاق امرأته قبل الدخول	٢٦٨ ١١٧
إذا علق الطلاق بالنكاح	٢٦٨ ١١٨
في تعاقب الطلاق	٢٧٢ ١١٩
لو قالت له زوجته تزوجت علي	٢٧٩ ١٢٤
فقال كل امرأة لي طالق	
لو قال لزوجته إن رأيتك تدخلين	٢٧٩ ١٢٥
هذه الدار فانت طالق	
لو طلق امرأة طليقة رجعية وحلف	٢٨٠ ١٢٥
لا يراجعها	
نسائي طوالت ويستثنى بقلبه واحدة	٢٨٠ ١٢٥
لو قال لزوجته إن لبست ثوباً	٢٨٠ ١٢٥
فانت طالق	
لو قال أنت طالق ونوى ثلاثاً	٢٨١ ١٢٥
أنت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه	٢٨٢ ١٢٥
نسائي الأربع طوالت	٢٨٢ ١٢٥
تزوجت علي امرأتك فقال كل امرأة	٢٨٣ ١٢٦
لي طالق	
لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها	٢٩٨ ١٣٣
النساء	
إذا جاء رأس الشهر فانت طالق	٢٩٩ ١٣٣
بألف	

قاعدة	صفحة	قاعدة	صفحة
٢٩٩	١٣٣	قال من أسلم على أكثر من أربع زوجات كل ما أسلمت واحدة منكز فهي طالق	٣٥٧ ١٦٠
٣٠٠	١٣٣	لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينها	٣٥٧ ١٦٠
٣١٩	١٤٥	لو طلق المدخول بها طلاقاً بائناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول	٣٥٧ ١٦٠
٣٢٠	١٤٦	الطلاق في مدة العدة بدعة	٣٥٧ ١٦٠
٣٢٣	١٥١	كنايات الطلاق في حال الغضب	٣٥٧ ١٦٠
٣٢٩	١٥٤	إذا طلق رجل امرأة في العدة	٣٥٧ ١٦٠
٣٢٩	١٥٤	خالع المسلم زوجته بمهرم	٣٥٧ ١٦٠
٣٢٩	١٥٤	مخالعة الأب ابنته الصغيرة	٣٥٧ ١٦٠
٣٢٩	١٥٤	إذا قال لزوجته أنت طالق بألف فلم تقبل	٣٥٧ ١٦٠
٣٣٧	١٥٨	إذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده	٣٥٧ ١٦٠
٣٤٣	١٥٩	إذا قال الطلاق يلزمني فهل يلزمه واحدة	٣٥٧ ١٦٠
٣٤٨	١٥٩	زوجتي طالق أو عبدي حر	٣٥٧ ١٦٠
٣٥١	١٦٠	إذا مات عن زوجات وقد طلق أحدهن	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٤	١٦٠	إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثاً	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٥	١٦٠	لو طلق واحدة من نسائه مبهمه	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٦	١٦٠	إذا طلق واحدة من نسائه معينة ثم أنسيها أو جهلها ابتداءً كمن قال إن كان هذا الطائر غراباً فقلانة طالق وإن لم يكن فقلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٦	١٦٠	لو رأى رجلان طائراً فقال أحدهما إن كان غراباً فامرأتي طالق وقال الآخر	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٧	١٦٠	إذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٧	١٦٠	إذا قال لامرأته إن ولدت ذكراً فانت طالق وإن ولدت أنثى فانت طالق	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٧	١٦٠	إذا قال إن كنت حاملاً فانت طالق	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٧	١٦٠	إذا قال أنت طالق ليلة القدر	٣٥٧ ١٦٠
٣٥٧	١٦٠	إذا قال لزوجاته الأربع أيتها كن لم أطأها الليلة فصواحباتها طوالق	٣٥٧ ١٦٠
كتاب العدد		قاعدة	
٩	٧	ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه	٩ ٧
٩٧	٥٦	خدة أم الولد إذا توفي سيدها	٩٧ ٥٦
١١٧	٦٥	لو تزوجت امرأة المفقود ثم تبين أنه كان ميتاً	١١٧ ٦٥
٣١٩	١٤٥	العدتان من رجل لا يتداخلان	٣١٩ ١٤٥
٣٢٠	١٤٦	تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في إباحتها في مدة العدة	٣٢٠ ١٤٦
٣٢٠	١٤٦	إذا علقت الرجعية في مدة العدة بولد المعتدة من أجنبي	٣٢٠ ١٤٦
٣٢٠	١٤٦	لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل إلى عدة الوفاة	٣٢٠ ١٤٦
٣٣٥	١٥٧	الرجعية إذا اعتقت أو توفي زوجها انتقلت إلى عدة حرة	٣٣٥ ١٥٧
٣٣٥	١٥٧	إذا كان تحت عبد مشترك إمام فاسلمن واعتقن فإن عدتهن عدة حرائر	٣٣٥ ١٥٧
٣٣٥	١٥٧	المرتد إذا قتل في عدة امرأة فإنها تستأنف عدة الوفاة	٣٣٥ ١٥٧
٣٣٥	١٥٧	لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضاء العدة	٣٣٥ ١٥٧

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		صفحة قاعدة
		باب الرضاع والنفقة	
١٣٨	٧٥	نفقه الرقيق والزوجات والاقارب	٢٤٥
		والبيهائم	٢٦٥
٢٩	٢٣	اللبن المشوب بالماء	٢٨٥
٣٢	٢٣	نفقه الزوجة الواجبة	
٣٢	٢٣	اذا امتنع من الاتفاق على بهائمه	٢٨٥
١٣٣	٧٢	النكاح تقع النفقة فيه عوضاً	
١٨١	٨٤	وجوب نفقة الاقارب على الحمل	٢٨٥
٢٣١	٩٥	لو قبضت المطلقة البائن النفقة	٢٨٧
٢٣١	١٠٣	اذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره	٢٨٧
٢٩٦	١٣٠	نفقة الاقارب لا تباع فيها الدار	٢٨٧
٢٩٧	١٣٢	القدرة على الكسب تمنع وجوب نفقته	٢٨٨
٣٢٧	١٥٣	الحضانة للجد أولى رجالها بعد الأب	٢٨٩
٣٢٧	١٥٣	الاتفراد بالنفقة مع عدم وارث غيره مؤسراً	٢٨٩
٣٦٠	١٦٠	الغلام إذا بلغ سبع سنين	٢٩٠
		باب الجراح وما يتعلق به	٢٩٠
١٦	١٣	لو جرح آدمياً معصوماً ثم مات	٢٩٠
٣٧	٢٨	لو اقتص من الجاني ثم جرحه	٢٩١
٣٨	٢٨	لو اشترك في جرم آدمي مقتص	٢٩٢
		وغيره فهل يجب على شريكه المقتص كمال الدية	٢٩٢
١١٧	٦٥	لو جرحه جرحاً فعفى عن السراية	٢٩٨
		فسراً	٣٠٣
١٨٤	٨٤	وجوب الغرة بقتل الحمل	
١٨٥	٨٤	هل يوصف قتل الجنين بالعمدية	٣٠٤
٢٤٥	١١٠	لو عفا مستحق القصاص وقتلنا	٣٠٤
		الواجب أحد امرين	٣٠٤
		إذا قلنا بوجوب قتل العمد أحد شيئين	١١١
		القصاص المستحق لجماعة	١١٥
		دية المقتول	١١٦
		إذا حفر واحد بئراً عدواناً ثم دفع غيره فيها آدمياً	١٢٧
		لو رمى معصوماً من شاهق فتلقيه آخر بسيف	١٢٧
		إذا قدم اليه طعاماً مسموماً	١٢٧
		المكره على القتل	١٢٧
		الممسك مع القاتل	١٢٧
		لو حفر بئراً عدواناً في الطريق	١٢٧
		لو جرح ذمياً فأسلم ثم مات	١٢٨
		لو جرح عبداً ثم أعتق ثم مات	١٢٨
		لو ضرب بطن امرأة حامل فاعتقت أو جنينها	١٢٨
		لو قطع يدي عبد وقيمته الفان	١٢٨
		لو جرح حربياً ثم أسلم	١٢٨
		لو جرح عبد نفسه ثم عتق	١٢٨
		لو جرح مسلماً وقطع يده عمداً فارتد	١٢٨
		لو رمى مسلماً ذمياً أو حر عبداً	١٢٩
		لو رمى إلى مرتد أو حربى فأسلما	١٢٩
		لو رمى الذمي سهماً إلى الصبيد فأصاب آدمياً	١٢٩
		الفقير المكتسب هل يحمل العقل	١٣٢
		قاعدة الواجب بقتل العمد هل هو القود عيناً أو أحد أمرين	١٣٧
		العبد الموصى بمنفعته إذا قتل عمداً	١٣٧
		لو قتل العبد الموصى به لمعين	١٣٧
		لو قتل عبد من مال المضاربة عمداً	١٣٧

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٧ ٢٧ لو دفع صائلاً عن نفسه أو غيره	٣٠٤ ١٣٧ الثانية في العفو عن القصاص
٣٧ ٢٨ إذا زاد الامام سوطاً في الحد	٣٠٦ ١٣٧ عفو الورثة عن القصاص
٢٠٧ ٩٠ الطائفة الممتنعة عن حكم الامام	٣٠٦ ١٣٧ عفو المريض عن القصاص
٢٣٠ ١٠٢ السكر أن يشرب الخمر عمداً	٣٠٦ ١٣٧ عفو المسكاتب عن القصاص
٢٣٠ ١٠٢ تخليل الخمر	٣٠٦ ١٣٧ إذا عفى للوارث عن العبد الجاني
٢٣١ ١٠٣ لو أخرج السارق من الخرز بعض النصاب	٣٠٦ ١٣٧ إذا قتل العبد الموصى به لمعين فمهل للورثة العفو
٢٨٣ ١٢٦ لو قذف أباه إلى آدم وحواء	٣٠٦ ١٣٧ العفو عن الوارث الجاني
٣١١ ١٣٩ الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الخمر والعبد أدنى حددهما	٣٠٧ ١٣٧ الثالثة الصلح عن موجب الجناية
٣١١ ١٤٠ من سرق من غير حرز	٣٠٧ ١٣٧ هل يصح الصلح على أكثر من الدية
٣١٢ ١٤٠ السرقة عام المجاعة	٣٠٧ ١٣٧ لو صلح عن دم العبد بشقص
٣١٢ ١٤٠ السرقة من الغنيمة	٣٠٨ ١٣٧ لو قتل عبده عمداً
٣١٧ ١٤٤ حد القذف لا يورث بدون مطالبة	٣٠٩ ١٣٨ إذا قتل رجلاً عمداً ثم قتل القاتل
٣٢٣ ١٥١ كنايات القذف	٣١١ ١٤٠ إذا قتل مسلم ذمياً عمداً
٣٢٣ ١٥١ لو سرق عيناً وادعى أنها ملكه	٣١٢ ١٤٠ إذا قلع الأذن عين الصحيح
٣٢٥ ١٥٣ امتناع قطعه في السرقة من مال ولده	٣١٢ ١٤٠ الصغير إذا قتل عمداً
٣٤٠ ١٥٩ إذا زنا من له زوجة وولد فأنكر أن يكون وطئ زوجته	٣١٣ ١٤٢ لو قلع سنه أو قطع أذنه وأعاد في الحال فثبت
٣٤٣ ١٥٩ إذا زنا من نشأ في دار الاسلام	٣١٣ ١٤٢ لو قلع ظفر آدمي أو شعره ثم عاد
باب الجهاد	٣١٨ ١٤٤ القصاص فيما دون النفس لا يورث بدون مطالبة
٢١ ١٦ لو جعل الامام لمن دله على حصن	٣٢٠ ١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الدية
٥١ ٤٠ لو سبي الكافر العبد المرهون	٣٢٥ ١٥٣ امتناع القصاص بين الأب وولده
٨٨ ٥٣ ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده	٣٦٠ ١٦٠ إذا استحق القود جماعة
١٣٤ ٧٢ إذا أخذ الغازي نفقة أو فرساً	باب الحدود
١٣٥ ٧٤ من قتل مشركاً في حال الحرب	٢٩ ٢٢ لو خلط خمرًا بماء واستهلك فيه ثم شربه
١٧١ ٨٢ من وجد عين ماله الذي استولى عليه الكفار في المغنم	٣٦ ٢٦ لو صال عليه فدفعه بالقتل
١٧٩ ٨٤ إذا وطئ جارية من المغنم فحملت	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٨٩ ٨٥ حق الغنائم في الغنيمة	٣٦٠ ١٦٠ إذا أعطينا الأمان لمشارك
١٨٩ ٨٥ حق من وجد ماله بعينه في المغنم	٣٦١ ١٦٠ إذا ضمننا مالا لمن يفتح الحصن
١٩٧ ٨٦ الطعام في دار الحرب	١٦٠ إذا قسم خمس الغنيمة
١٩٩ ٨٧ الطعام المباح في دار الحرب	باب الصيد، والذبائح، والأضاحي، والأطعمة
٢٠٦ ٩٠ استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب	١٦ ١٣ لو جرح صيداً ثم غاب عنه
٢٠٦ ٩٠ استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين	١٦ ١٣ لو جرح المحرم صيداً
٢٢٧ ٩٨ من وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة	٢٠ ١٥ إذا رمى حيواناً ما كولا بسهم
٢٣٠ ١٠٢ الغال من الغنيمة	٢٢ ١٧ أهدى بدنة مدينة بعشرة وبدتين بعشرة
٢٤١ ١٠٩ لو أعطينا الأمان لواحد من أهل الحصن	٣٧ ٢٨ لو رمى صيداً فأثبته
٢٤٧ ١١٢ إذا ألقى في الغنيمة (١) نار	٣٨ ٢٨ إذا اشترك محل ومحرم في جرح صيد
٣٠٣ ١٣٦ الأمانة المسيية يحرم وطؤها في مدة الاستبراء	٣٩ ٢٩ لو أكل المضحى جميع أضحيته
٣١١ ١٣٩ السهم من الغنيمة والرضخ	٤٠ ٣٠ إذا أوجب هدياً أو أضحية من واجب
٣٢٢ ١٥٠ هدية المشركين لأمير الجيش	٤٠ ٣١ إذا عين عما في ذمته من الهدى والأضحية
٣٢٣ ١٥١ لو تلفظ الأسير بكلمة الكفر	٥٢ ٤٠ الأضحية المعينة
٣٢٣ ١٥١ لو أثنى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء	٥٣ ٤١ إذا أتلف الأضحية
٣٢٣ ١٥١ لو دخل حربى الينا فادعى أنه جاء مستأمناً	٨٨ ٥٣ لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل
٣٢٧ ١٥٣ الاستئذان في الجهاد	١٣٢ ٧١ الأكل من الأطعمة في دار الحرب
٣٢٧ ١٥٣ الاستباع في الإسلام	١٣٢ ٧١ إذا مر بشمر غير محوط بها
٣٢٩ ١٥٤ إذا أسلمت امرأة من أهل دار الحرب	١٨٨ ٨٤ جنين الدابة المذكاة
٣٣٨ ١٥٨ إذا جاء بعض العسكر بمشرك وادعى أن المسلم آمنه	١٩٢ ٨٥ الكلب المباح اقتناؤه
(١) في الأصل في السفينة	١٩٢ ٨٥ الأدهان النجسة
	١٩٥ ٨٥ تعلق حقوق الفقراء بالهدى والأضاحي
	٢٢٢ ٩٦ إذا عين أضحية فذبحها غيره عنه
	٢٢٨ ٩٩ ضيافة المجتازين

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٢٩ ١٠٠	الاكل من أضحية النذر
٢٣٠ ١٠٢	ذبح الصيد في حق المحرم
٢٣٠ ١٠٢	من اصطاد صيداً قبل أن يحل
٢٤١ ١٠٩	لو اشتبهت ميتة بمذكاة
٢٩٠ ١٢٨	لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم
٢٩١ ١٢٨	لو جرح صيداً في الحرم فخرج الى الحل
٢٩٢ ١٢٩	لو رمى الحلال الى صيد ثم أحرم
٢٩٣ ١٢٩	لو رمى الحلال صيداً في الحرم
٢٩٤ ١٢٩	هل الاعتبار في حل الصيد بأهلية الراى أم بالاصابة
٣٠٠ ١٣٤	منع تخمير الخل ابتداء
٣٠٠ ١٣٤	ذبح الحيوان المأكول
٣٠٨ ١٣٨	الصيد في حق المحرم
٣١٠ ١٣٨	لو عين أضحية أو هديا
١١٢ ١٤١	لو أتلف الأضحية أو الهدى
٣١٥ ١٤٣	لو أبدل جلود الاضاحى
٣٣٨ ١٥٨	إذا رمى صيداً فجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتاً
أبواب الايمان، والنذور، والكفارات	
٤ ١	لو حلف لا يقف في هذا الماء
٥ ٢	لو أضاف طلاقاً أو عتاقاً الى الشعر
٦ ٣	إذا كفر الواطىء في الحيض بدینار
٦ ٤	كفارات الاحرام وكفارات اليمين
٧ ٤	اخراج كفارة القتل
٧ ٤	النذر المطلق
٧ ٥	إذا كفر بالصيام قبل الحنث
٧ ٥	إذا كفر المتمتع بالصوم
٨ ٦	إذا كفر العاجز عن الصيام
١٠ ٧	من شرع في صيام كفارة ظهار أو يمين
١١ ٨	عتق بعض الرقبة في الكفارة
١٢ ١٣	لو قال في مرضه إن مت فسلم حر وإن برئت فغانم حر
٢١ ١٦	كفارة اليمين أو الظهار
٢٤ ١٨	إذا نذر الحج من عليه حج الفرض
٢٤ ١٨	إذا نذر صوم شهر وقدم رمضان
٢٤ ١٨	نذر الصدقة بنصاب المال
٢٦ ١٨	اجتماع الاسباب الموجبة للكفارات
٣٠ ٢٢	لو حلف لا يأكل حنطة فأكمل شعيراً فيه حبات حنطة
٣٠ ٢٢	لو حلف لا يأكل شيئاً واستهلك في غيره فأكله
٣٧ ٢٧	لو أكره على الحلف يمين لحق نفسه
٤٠ ٣١	لو نذر اعتكافاً في شهر رمضان
١٠٥ ٥٨	إذا وطئ امرأته فحاضت فنزع
١٦٨ ٨٢	لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان
٢٢٢ ٩٦	لو نذر الصدقة بمال معين
٢٢٩ ١٠١	لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة
٢٢٩ ١٠١	لو أعتق في الكفارة نصفى رقبتين
٢٢٩ ١٠١	لو كفر يمينه بأطعام خمسة مساكين
٢٢٩ ١٠١	لو كفر في منخطورات الحج بصيام
٢٣٢ ١٠٤	إذا حلف أيمان البيعة تلزمى
٢٣٢ ١٠٤	إذا قال أيان المسلمين تلزمى
٢٤٢ ١٠٩	لو قال لزوجاته الأربع والله لا وطئكن

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٦٩	١١٨	تعليق النذر بالملك	٢٨٤
٢٧٤	١٢١	لو حلف لا يأكل الروس	٢٨٤
٢٧٤	١٢١	لو حلف لا يأكل البيض	٢٩٦
٢٧٥	١٢١	لو حلف لا يأكل اللحم فأكل السمك	٢٩٨
٢٧٥	١٢١	لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل المسجد	٢٩٨
٢٧٥	١٢١	لو حلف لا يشم الريحان	٢٩٨
٢٧٥	١٢١	لو حلف لا يأكل لحم بقر	٢٩٨
٢٧٦	١٢١	لو حلف لا مال له	٣١٠
٢٧٧	١٢٢	لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة	٣١١
٢٧٧	١٢٣	إذا نذر صوم الدهر	٣١٢
٢٧٧	١٢٣	لو حلف لا يأكل لحماً	٣١٢
٢٧٨	١٢٣	لو نذر اعتكاف شهر	٣١٢
٢٧٨	١٢٤	لو حلف لا يصطاد من نهر اظلم	٣١٢
٢٧٨	١٢٤	لو حلف لا يكلم صديقاً	٣١٢
٢٧٨	١٢٤	لو ادعى الى غداً فحلف أن لا يتعدى	٣١٢
٢٧٨	١٢٤	لو حلف لا رأيت منكراً الا رفعته الى فلان القاضي	٣١٢
٢٧٩	١٢٤	لو حلف على عبده لا يخرج الا باذنه	٣١٢
٢٧٩	١٢٥	لو حلف على زوجته لا تترك هذا الصبي يخرج	٣١٢
٢٨٠	١٢٥	لو حلف أن لا يضربه	٣١٢
٢٨٠	١٢٥	لو حلف لا يكلم امرأته	٣١٢
٢٨٠	١٢٥	لو حلف لا يشرب له الماء	٣١٢
٢٨٠	١٢٥	لو حلف لا يدخل هذا البيت	٣١٢
٢٨٠	١٢٥	لو حلف على زوجته لا تخرج من بيته	٣١٢
٢٨١	١٢٥	إذا نذر الصدقة بمال أو نوى قدراً معيناً	٣١٢
٢٨٣	١٢٦	لو قال عصيت الله فيما أمرني به	٣١٢
٢٨٤	١٢٦	لو حلف لا يسلم على فلان	٣١٢
٢٨٤	١٢٦	لو قال ما أحل الله على حرام	٣١٢
٢٩٦	١٣٠	التكفير بالمسال	٣١٢
٢٩٨	١٣٣	لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد	٣١٢
٢٩٨	١٣٣	لو حلف بالطلاق أنه ما غصب شيئاً ثم ثبت بشاهد ويمين	٣١٢
٣١٠	١٣٨	لو نذر عتق عبد معين	٣١٢
٣١١	١٦٠	إذا حلف يمين ولم يدركها الايمان هي	٣١٢
٣١٢	١٦٠	إذا تناضل رجلان حربان واقنسموا الرجال	٣١٢
باب القضاء والشهادات وما يتعلق به			
٩	٦	إذا حكم بشهادة عدلين	٣١٢
١٦	١٣	لو ادعى رق بمجمل النسب	٣١٢
١٧	١٣	لو قال رجل هذا ابني من زوجتي	٣١٢
١٨	١٣	لو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان نفشت فيه	٣١٢
٢١	١٦	تعذر وجود المثل وحكم الحاكم بالقيمة	٣١٢
٣٢	٢٣	طلب القسمة التي تلزمه الاجابة عليها	٣١٢
٣٤	٢٥	لو ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعها ولد	٣١٢
٣٥	٢٥	لو ثبت ملك أرض في يد غيره وفيها شجر	٣١٢
٩٦	٥٦	لو ادعى أنه وكيل لزيد	٣١٢
١١٣	٦١	قاعدة المتصرف تصرفاً عاماً كالامام هل تصرفه بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية	٣١٢
١١٥	٦٢	الحاكم إذا قيل بانعزاله	٣١٢

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		صفحة قاعدة
١٢٠	٦٧	لو شهد شاهدان بمال لزيد ثم رجعا	٢٩٨ ١٣٣ : لو شهد واحد برؤية هلال رمضان
١٢٢	٦٨	لو حكم الحاكم في مختلف فيه	٢٩٩ ١٣٣ لو ادعى المكاتب أداء آخر نجوم
١٢٣	٦٨	الحكم بإسلام من اتهم بالردة	الكتابة
١٣١	٧١	الحاكم أو أمينه هل لهم الأكل	٣٢٠ ١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام
		من مال اليتيم	الرجال في الشهادات
١٤٤	٧٦	إذا طلب أحد الشريكين قسمة	٣٢٤ ١٥١ لو تنازع الزوجان في متاع البيت
		ما يقبل القسمة	٣٢٤ ١٥١ لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بخلافها
١٤٥	٧٦	قسمة المنافع بالمهاياة	٣٢٨ ١٥٤ شهود الطلاق إذا رجعوا
٢١٨	٩٥	لو شهد شاهدان بموت زيد	٣٣٨ ١٥٨ لو قتل من لا يعرف ثم ادعى رقه
٢١٨	٩٥	لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود	أو كفره
٢١٨	٩٥	لو حكم الحاكم بمال ثم تبين فسق	٣٣٨ ١٥٨ لو شهدت بيعة بالنكاح وقد ثبت
		الشهود	الطلاق
٢٢٧	٩٨	تداعى المؤجر والمستأجر دفينا في	٣٣٩ ١٥٩ شهادة عدلين بشغل ذمة
		الدار	٣٣٩ ١٥٩ شهادة عدلين ببراءة ذمة
٢٣٤	١٠٥	الدعوى بالمبهم	٣٣٩ ١٥٩ شهادة الواحد العدل برؤية هلال
٢٣٤	١٠٥	الشهادة بالمبهم	رمضان
٢٣٦	١٠٥	اشتباه المدعى عليه	٣٤٠ ١٥٩ إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها
٢٤٠	١٠٨	إذا كان في يد رجل عبد فادعى	نفقة
		رجلان كل منهما أنه اشتراه	٣٤٣ ١٥٩ لو ادعت المرأة على رجل أنه
٢٤٥	١١٠	لو ادعى عليه فأنكر ونكل عن	تزوجها في يوم معين بمهر
		اليمين	٣٦٢ ١٦٠ إذا تنازع اثنان في الإمامة العظمى
٢٤٥	١١٠	لو نكل المدعى عليه عن الجواب	٣٦٢ ١٦٠ لو عقدت الإمامة لاثنتين في عقدين
٢٤٦	١١١	لو ادعى حراحة عمده على شخص	٣٦٢ ١٦٠ إذا ولي الإمام قاضيين في بلد
٢٤٦	١١١	لو شهد رجل وامرأتان بقتل عبد	٣٦٣ ١٦٠ إذا هجم الخصوم على القاضي
		عمداً	القرعة في القسم
٢٨٤	١٢٦	لو تهايا المعتق بعضه هو وسيده	٣٦٣ ١٦٠ إذا تداعى اثنان عيناً في يد ثالث
٢٩٨	١٣٣	شهادة النساء بالولادة	فأقر لأحدهما مبهما
٢٩٨	١٣٣	شهادة امرأة على الرضاع	٣٦٣ ١٦٠ إذا تداعى اثنان عيناً ليست في يد
٢٩٨	١٣٣	شهادة النساء على إسقاط الجنين	أحد
		بالضربة	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
المكاتب تملك اكسابها ٨٢ ١٦٤	٣٦٣ ١٦٠ اذا تعارضت البيئتان
المكاتب يملك اكسابه ٨٢ ١٦٤	كتاب العتق وما يتعلق به
المعلق عتقه بموت أو صفة ٨٢ ١٦٤	لو قال لامته ولها ولد هذا الولد مني ١٣ ١٦
المديرة يتبعها ولدها ٨٢ ١٦٦	إن كان هذا الطائر غراباً فأمتي حرة ١٤ ١٩
الامة الجانية لا تتعلق الجانية بأولادها ٨٢ ١٧٢	وقال الآخر إن لم يكن غراباً فأمتي حرة
عتق الجنين ٨٤ ١٨٥	تعارض عتق رقبة نفيسة وعتق رقاب متعددة ١٧ ٢٣
إذا أعتق الامة الحامل ٨٤ ١٨٥	هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة ٢١ ٢٨
عتق الامة واستثنى حملها ٨٤ ١٨٥	إذا مثل بعبده يعتقه ٢٣ ٣٢
لو أعتق عبد عبده ٨٧ ٢٤١	الكتابة إذا أوجبناها بسؤال العبد ٢٣ ٣٣
إذا أعتق أمة من إماءه ١٠٩ ٢٤٢	يصح أن يعتق عبده ويستثنى منفعته ٣٢ ٤١
إذا ملك أختين أو أما وبناتاً ١٠٩ ٢٤٢	إذا كاتب أمة واستثنى منفعة الوطء ٣٢ ٤١
إذا وطئ أختين واحدة بعد أخرى ١٠٩ ٢٤٢	لو كاتب المدير أو دبر المكاتب ٣٧ ٤٨
قال لعبديه إن ركبتهما دابتيكما فأنا حران ١١٣ ٢٤٧	التدبير ٤٠ ٥٢
إذا كاتب عبيدين صفقة بعوض ١١٣ ٢٦٥	صفة العتق تعود ٤٠ ٥٢
إذا كاتب عبداً ثم مات ولم يؤد إليه شيئاً ١١٦ ٢٦٦	فراش الامة يعود ٤٠ ٥٢
إذا كاتب المكاتب عبداً ١١٦ ٢٦٦	الكتابة الفاسدة ٤٧ ٦٨
إذا علق عتق عبده ١١٧ ٢٦٧	لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة ٥٦ ٩٦
لو قال العبد متى ملست عبداً فهو حر ١١٧ ٢٦٨	عتق العبد المعلق عتقه على بيعه ٥٧ ٩٨
تعليق العتق بالملك ١١٨ ٢٦٩	إذا قتلت أم الولد سيدها ٥٧ ١٠٠
فسخ التدبير بوجوده ١١٨ ٢٦٩	العتق على مال ٦٣ ١١٥
لو قال كل عبد لي حر ١٢٥ ٢٨٢	لو لقي امرأة فقال تنحى يا حرة ٦٥ ١١٧
قال لعبيده أتم أحرار وفيهم أم ولد ١٢٦ ٢٨٣	فاذا هي أمته
اعتق عبدك مني وعلى ثمنه ١٢٣ ٢٩٩	لو أمره باعتاق عبد يظن أنه للآمر ٦٥ ١١٧
لو كان له أمتان لكل منهما ولد ١٣٣ ٣٠٠	فتبين أنه عبده
الاسلام يمنع ابتداء الرق ١٣٤ ٣٠١	إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن ٧٠ ١٢٦
الجمع بين الأختين ١٣٦ ٣٠٣	كفارته من رقيق سيده

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٠٤ ١٣٧ اذا جنى على المكاتب	٣٩٤ التاسعة : الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف
٣٠٩ ١٣٨ العبد الجاني اذا اعتقه سيده	أم لا
٣١٥ ١٤٣ لو كاتبه على عوض فاداه فبان معيباً	٣٩٦ العاشرة : اجازة الورثة هل تنفيذ الوصية أو
٣١٥ ١٤٣ لو اعتاض عن دين الكتابة	انتداء عطية
٣٢٠ ١٤٧ يعدل عتق امرأتين بفتق رجل	٣٩٧ الحادية عشرة : الموصى له هل يملك الوصية
٣٢٣ ١٥١ لو جاء المكاتب سيده تمام كتابته	من حين الموت أو من حين قبوله لها
ثم قال له أنت حر	٣٩٩ الثانية عشرة : الدين هل يمنع انتقال التركة الى
٣٦٥ ١٦٠ الاقراع في العتق	الورثة أم لا
٣٦٦ ١٦٠ لو قال لأمته أول مات لدينه حر	٤٠٣ الثالثة عشرة : التدبير هل هو وصية أو عتق
٣٦٨ ١٦٠ لو اشتبه عبده بعبد غيره	٤٠٥ الرابعة عشرة : نفقة الحامل هل هي واجبة لها
فصل	أو لحملها
وهذه المسائل الملحقه بالقواعد وعدتها إحدى	٤٠٧ الخامسة عشرة : القتل العمد هل موجب القود
وعشرون مشتهرة فيها اختلاف في المذهب	عيناً أو أحد أمرين
ينبغي على الاختلاف فيها فوائد متعددة	٤٠٧ السادسة عشرة : المرندهل يزول ملكه بالردة
مذكورة في كل مسألة	أم لا
٣٦٨ الأولى : ما يدركه المسبوق في الصلاة هل	٤٠٩ السابعة عشرة : السفار هل يملكون أموال
هو آخر صلاته أو أولها	المسلمين بالاستيلاء أم لا
٣٧٠ الثانية : الزكاة هل تجب في عين النصاب أو	٤١١ الثامنة عشرة : الغنيمة هل تملك بالاستيلاء
في دمة مالكة	المجرد أم لا بد معه من نية التملك
٣٧٤ الثالثة : المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول	٤١٢ التاسعة عشرة : القسمة هل هي افراز أو بيع
٣٧٧ الرابعة : المملك في مدة الخيار	٤١٧ العشرون : التصرفات للغير بغير اذنه هل
٣٧٩ الخامسة : الاقالة هل هي فسخ أو بيع	تقف على اجازته أم لا
٣٨٣ السادسة : النقود هل تتعين في العقد أم لا	٤٢١ الحادية والعشرون : الصفقة الواحدة هل
٣٨٦ السابعة : العبد هل يملك بالتملك أم لا	تتفرق فيصح بعضهم دون بعض أم لا
٣٩٢ الثامنة : المضارب هل يملك الربح بالظهور	والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب
أم لا	والله المرجع والمآب

